

De la
Rétroactivité de la Condition
dans les Conventions

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 3 Juin 1935, à 14 heures

PAR

R. FILDERMAN

JURY DE LA THÈSE

Président : M. DEMOGUE, professeur

Suffragants { *M. CASSIN, professeur*
 { *M. NIBOYET, professeur*

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^{ie} et ancienne Librairie F. Pichon réunies

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'Etat et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5^e ARR^t)

1935

Tous droits réservés

THÈSE DE DOCTORAT

***La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses :
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.***

De la Rétroactivité de la Condition dans les Conventions

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 3 Juin 1935, à 14 heures

PAR

R. FILDERMAN

JURY DE LA THÈSE

Président : M. DEMOGUE, professeur

Suffragants { *M. CASSIN, professeur*
 { *M. NIBOYET, professeur*

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Maresq et C^e et Ancienne Librairie F. Pichon réunies

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'État et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5^e ARR^t)

1935

Tous droits réservés



BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GENERAUX

- AUBRY et RAU. — Cours de Droit civil français, 5^e édition, t. 4 et 5.
- BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE. — Traité théorique et pratique de Droit civil, Des Obligations, t. 1.
- BAUDRY-LACANTINERIE et SAIGNAT. — Traité théorique et pratique de Droit civil, De la Vente et de l'Echange.
- BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL. — Traité théorique et pratique de Droit civil, Du Prêt et du Dépôt, Du Louage.
- BECHMANN. — Der Kauf, t. 2.
- COLIN et CAPITANT. — Cours de Droit civil, t. 1 et 2.
- DEMOGUE. — Traité des Obligations, t. 1, 2, 6 et 7.
- DEMOLOMBE. — Cours de Code Napoléon, t. 24 et 25.
- DELVIN COURT. — Cours de Code civil.
- DURANTON. — Cours de Droit français suivant le Code civil.
- GUILLOUARD. — Traité de la Vente.
- HAURIU. — Précis de Droit public, 2^e éd.
- HUC. — Commentaire théorique et pratique du Code civil, t. 7.
- JHERING. — Esprit du Droit romain, 3^e éd., t. 4, traduction Meulenaere.
- JOSSERAND. — Cours de Droit civil positif.
- LAURENT. — Principes du Droit civil français, t. 15, 25, 26.

LYON-CAEN et RENAULT. — Traité de Droit commercial,
t. 3.

MARCADÉ et PONT. — 6^e éd.

PLANIOI et RIPERT. — Traité pratique de Droit civil,
t. 6 et 7.

POTHIER. — Traité des Obligations, éd. Bugnet.

— Traité du Contrat de Vente.

SALEILLES. — Théorie générale de l'Obligation, 1914.

UNGER. — System des Oesterreichischen allgemeinen
Privatrechts.

WINDSCHEID. — Lehrbuch des Pandektenrechts, 9^e éd.

*
**

OUVRAGES SPECIAUX ET ARTICLES DE REVUE

BERNARD. — De l'acte conditionnel envisagé dans ses
effets rétroactifs. *Thèse*.

BONNECASE. — Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie.

BUFNOIR. — Théorie de la Condition.

CAPITANT. — Introduction à l'étude du Droit civil.

— De la cause des Obligations.

CHAUSSE. — De l'effet rétroactif de la Condition. *Rev. critique de Législ. et Jurisp.*, 1900.

CHAUVEAU. — Classification nouvelle des Droits réels et personnels. *Rev. critique de Législ. et de Jurisp.*, 1931.

DEGENKOLB. — Der Begriff des Vorvertrags. *Arch. f. d. Fiv. Praxis*, t. 71, p. 1.

— Neue Beiträge fur Lehre des Vorvertrags, *ibid.*, p. 52.

DEMOGUE. — Des Droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance. *Rev. trimestrielle*, 1905.

- De la nature et des effets des Droits éventuels. *Rev. trimestrielle*, 1906.
- Notions fondamentales de Droit privé.
- Valeur et base de la notion de rétroactivité. *Studii ded. a G. del Vecchio*, t. 1, p. 163.
- EYGOUT. — De l'effet rétroactif de la condition accomplie. *Thèse Paris*, 1922.
- GÖPPERT. — Zur Lehre der Pacta de contrahendo. *Krit. Vierteljahrsschrift*, t. 14, p. 400.
- LECOQ. — De la Fiction comme procédé juridique. *Thèse Paris*, 1914.
- LEDUC. — Des Avant-Contrats, *Thèse Paris*, 1909.
- LELOUTRE. — De la non-rétroactivité de la condition dans l'acte et le fait juridique. *Thèse Caen*, 1904.
- Des cas d'existence et des effets de la condition. *Rev. trimestrielle*, 1912.
- FRÉJAVILLE. — Des meubles par anticipation. *Thèse Paris*, 1927.
- HINDENBURG. — La théorie des Dommages-Intérêts. *Rev. crit. de Législ. et Jurisp.*, 1901.
- MEYNAU. — La fiction de Contrat dans le Code civil et depuis le Code civil. *Thèse Montpellier*, 1924.
- MICHAS. — Le Droit réel considéré comme une obligation passivement universelle. *Thèse Paris*, 1900.
- RIGAUD. — Le Droit réel. Histoire et théories. Son origine institutionnelle. *Thèse Toulouse*, 1912.
- SALEILLES. — Déclaration de volonté, 1901.
- TITULESCO. — Essai sur une théorie générale des Droits éventuels. *Thèse Paris*, 1907.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DE LA RÉTROACTIVITÉ DE LA CONDITION DANS LES CONVENTIONS

INTRODUCTION

La rétroactivité de la condition est un principe dont les commentateurs ont généralement cherché à déduire les conséquences plutôt que la raison d'être. L'état de la technique juridique, du moins jusqu'en des temps très récents, n'a guère permis de considérer l'obligation dont la formation est incomplète comme susceptible de donner naissance à des droits actuels mais non exécutoires, qui rempliraient un rôle de protection des droits définitifs en permettant à ceux-ci de prendre rang à la date du contrat. Bien au contraire la majorité des auteurs décide qu'il n'y a de contrat que complètement formé, et de droit que lorsque toutes les modalités de l'obligation entre les contractants sont connues.

Cette conception, dictée par des raisons d'harmonie juridique ainsi que par la tradition, s'est quelquefois trouvée être bien peu élastique en égard aux nécessités des opérations pratiques. L'une des hypothèses où le cadre des traditions a cédé sous la pression des événements se rencontre justement en matière de contrats dont la formation et l'efficacité sont échelonnées dans le temps: les contrats conditionnels. On dit que ceux-ci se réalisent avec un effet rétroactif, c'est-à-dire que lors de leur formation effective on considérera que l'obligation qui vient de se former avait déjà

une existence antérieure, mais supposée, donc fictive, dès le moment où elle avait été contractée.

Nous pouvons sans hésitation considérer le principe de la rétroactivité comme un compromis, une solution transactionnelle, entre la règle technique préconçue qui ne prête force obligatoire qu'aux contrats définitivement formés et entre les nécessités de la pratique. Puisque cette dernière exigeait satisfaction, et que l'on ne voulait pas sacrifier les principes, on déclarerait que les règles demeureraient intactes sauf une dérogation qui ne pouvait s'expliquer que par une fiction ; c'est-à-dire que le contrat qui ne peut produire ses effets actuellement assure néanmoins une date au droit des contractants, mais en dehors de toute conception rationnelle et à titre en quelque sorte exceptionnel.

Quelles sont les nécessités pratiques auxquelles il convient de satisfaire en matière de condition ? Nous les découvrirons en recherchant les caractères propres de la condition. Une analyse de cette modalité nous conduit à dire qu'elle présente un élément d'incertitude et un élément de retard dans l'exécution du contrat. Ce sont ces éléments qui lui donnent un caractère autonome.

L'incertitude : Les parties contractent non seulement pour l'époque à laquelle tel événement se produira, mais aussi sans savoir s'il se produira.

C'est là la particularité de la condition : elle ne lie pas les parties pour la situation actuelle, elle les lie pour une situation qui dépend de circonstances à venir. Si nulle autre circonstance n'était nécessaire, il n'y aurait pas condition, mais lien de droit définitif, c'est-à-dire terme.

Le retard : C'est la conséquence nécessaire de l'incertitude ; le lien de droit doit être suspendu. Si la situation envisagée existait déjà au moment du con-

trat, même à l'insu des parties, elles se trouveraient déjà, sans le savoir, dans le rapport de droit définitif. Le propre de la condition, tant qu'elle n'est pas accomplie, est de maintenir les parties presque dans la même position que si elles n'avaient pas contracté. C'est pourquoi toute exécution préalable est impossible ; elle ne peut être exigée et si elle a été effectuée devra donner lieu à restitution.

Mise en face de cette situation de droit particulière, la pratique demande une protection qui tienne compte de ces deux éléments et les concilie, à savoir : l'assurance, d'une part, qu'à l'arrivée de la condition l'exécution aura lieu immédiatement ; d'autre part, le respect dans le temps des droits respectifs de chacun des contractants, compte tenu de ce que, le contrat portant sur une chose, le contractant qui a cédé sa chose sous condition suspensive a fait jusqu'à l'arrivée de la condition valablement acte de propriétaire, et que l'acquéreur conditionnel ne doit pas voir ses droits diminués par les actes de son cédant. On voit combien délicat est ce dernier problème : la condition survenant, jusqu'à quel point le nouveau propriétaire doit-il respecter les actes du propriétaire intermédiaire ? Comment seront acquis par chacun d'eux les fruits de la chose ?

En face de cette question complexe, les idées qu'on se fait généralement sur la naissance des droits ne mènent guère à des solutions satisfaisantes. Il n'y a de droit, dit-on, que né d'un acte complet ; il n'y a de contrat que si l'exécution en peut être poursuivie. Or l'acte conditionnel n'a pas encore d'existence actuelle ; il viendra peut-être à l'existence, mais ce n'est qu'alors qu'il pourra engendrer un droit. Jusque-là il n'y a que l'ombre d'un droit, ou pour reprendre la fameuse expression latine, une spes debitum iri. C'est cette ombre de droit qu'on appelle couramment, pour

la commodité du langage, droit conditionnel. Si la loi décide qu'à l'arrivée de la condition les droits des parties seront censés être nés au moment du contrat, c'est là en vérité l'application d'une fiction.

Aussi, sans plus tenir compte des nécessités pratiques que nous avons signalées, les auteurs tirent souvent de l'idée de fiction des conséquences opposées à l'intérêt qui la justifie. Tous les effets de l'acte conditionnel, dit-on, doivent être censés s'être produits à l'époque du contrat.

Et on en tire une autre conséquence, encore plus grave : puisque toute fiction est de droit étroit, devront seuls rétroagir les actes purement conditionnels ; la rétroactivité est appliquée restrictivement. Aussi le contrat conditionnel, pour engendrer même une ombre de droit, devra-t-il être complet ; aucun de ses éléments essentiels ne saurait être mis in conditione.

Faut-il approuver cette manière de voir ? Nous ne le pensons pas. Il y a d'autres situations juridiques où il y a un élément incertain et futur, mais où cet élément est essentiel à l'obligation. C'est une hypothèse toute voisine de la condition, l'éventualité. Faut-il en écarter la rétroactivité sous le prétexte qu'elle constitue une dérogation aux principes, ou bien faut-il au contraire dire qu'il y a un principe commun à tous les droits qui se forment successivement ? C'est là ce que nous croyons : la rétroactivité ne constitue pas une fiction limitée à certaines situations, mais une règle générale de protection des contrats naissants.

La discussion que nous allons entamer portera donc sur trois points différents : 1° la possibilité d'existence de contrats incomplets ; 2° la possibilité de créer par l'effet de ces contrats des droits portant directement sur une chose, des droits réels mais incomplets, éventuels ou conditionnels ; 3° l'application gé-

nérale dans tous ces cas des règles formelles du Code sur la rétroactivité. Nous aurons ainsi établi qu'il n'y a pas en réalité de rétroactivité proprement dite, mais des effets découlant normalement des droits existants.

L'étendue du sujet et le caractère disparate des différentes règles nous ont incité à tenter une construction synthétique de ces principes autour des deux modalités que nous allons confronter : la condition et l'éventualité. Dans une première partie, nous établirons successivement les caractéristiques générales de la condition et de l'éventualité, et nous montrerons au sujet de cette dernière l'existence des droits réels éventuels, pour, après avoir étudié quelques manifestations de la condition et de les avoir séparées de l'éventualité, terminer par une synthèse de ces deux modalités. Enfin, dans une seconde partie, nous étudierons l'origine du principe de la rétroactivité et ses effets.

PREMIÈRE PARTIE

**DES ACTES SUSCEPTIBLES DE SE RÉALISER
AVEC RETROACTIVITE**

CHAPITRE PREMIER

DE LA CONDITION EN GENERAL

1. — Le terme de condition est employé dans le langage juridique sous des acceptions différentes.

Prises dans un sens étendu on entend par « conditions » d'un acte juridique toutes les clauses particulières qui y sont apposées par les parties, même si ces clauses ne mettent pas en question l'existence de l'acte, mais en modifient simplement les effets. Par exemple il a été jugé que le droit d'extraction des matériaux d'un immeuble, concédé à un tiers par le propriétaire, constituait une « condition » de l'adjudication, lorsque ce droit se trouvait énoncé au cahier des charges ⁽¹⁾.

Cette signification qu'on donne au terme de « condition » d'un acte n'est pas sans prêter à critique. En effet elle ne correspond pas à la définition que le Code donne de l'obligation conditionnelle : celle qu'on fait dépendre, pour son existence ou pour son extinction d'un événement futur et incertain (art. 1168 et suivants du Code civil). L'obligation conclue sous condition est affectée dans son existence même par la modalité : si la condition est suspensive il n'y a pas d'obligation tant que l'événement futur et incertain ne s'est pas produit ; si la condition est résolutoire

(1) Caen, 1^{er} juin 1863, et sur pourvoi Req., 29 nov. 1864, D. P. 1865, 1, 296.

l'obligation est au contraire traitée comme pure et simple, et non comme si elle devait être résolue un jour.

Il est donc facile de voir qu'il n'y a rien de commun entre une modalité qui affecte l'acte juridique aussi profondément, et les clauses particulières d'un acte pur et simple, lesquelles n'ont qu'un caractère accessoire.

Aussi bien y a-t-il là une simple question de terminologie : l'usage du langage et la jurisprudence reconnaissent des « conditions essentielles » et des « conditions accessoires » des conventions, ou encore de « clauses essentielles » et « secondaires », entendant par les premières de véritables conditions, par les secondes des simples modalités d'exécution. La condition ne peut être annulée sans entraîner la disparition de l'obligation entière, tandis que la clause accessoire peut être supprimée sans inconvénient.

Ce sont là des notions opposées, aussi sont-elles faciles à reconnaître et ne doivent-elles jamais être confondues ⁽²⁾. Nous n'insisterons pas sur ce point qui ne peut donner lieu qu'à des difficultés de fait.

2. — Une seconde signification extensive du terme de condition trouve son origine dans le Code lui-même : le Code, suivi par la pratique et par la Jurisprudence, parle de « conditions essentielles » à la validité d'une convention (art. 1108).

Nous rappelons que toute convention doit réunir pour naître certains éléments : les parties doivent avoir donné leur consentement, elles doivent être capables, enfin leur consentement doit avoir une cause et porter sur un objet.

Ce sont ces éléments indispensables à la vie de la

(2) V. Civ., 20 mars 1929, D. P. 1930, 1, 13.

convention que le Code décore du nom de conditions.

Une certaine analogie existe en effet, et on a souvent appelé l'élément essentiel dont l'arrivée était attendue afin de rendre l'obligation valable, du nom de « condition tacite » ; mais ces situations prétendument conditionnelles sont en réalité des situations antécontractuelles, des situations où il n'y a pas encore d'obligation formée ⁽³⁾. Dès lors elles ne peuvent être conditionnelles, car l'on s'accorde généralement à reconnaître que la condition ne peut être que volontaire, en sorte que les parties devront d'abord former une obligation complète, et ensuite l'assortir de la condition.

Cette théorie n'a pas été sans soulever quelques réserves de la part de quelques auteurs modernes ; quoi qu'il en soit nous écartons l'assimilation du contrat non formé et du contrat conditionnel par voie de confusion de langage.

3. — Une confusion plus dangereuse ressort des textes du Code quand celui-ci qualifie de conditions les charges sous lesquelles peuvent être faites les libéralités (art. 953 et 954 Civ.).

Ici comme dans les conventions en général, les deux modalités produisent des effets opposés : la charge étant une modalité d'exécution qui laisse le droit subsister intact, alors que la condition affecte son existence même.

Il est très important d'établir les différences qui existent entre la charge et la condition ; nous examinerons successivement la condition suspensive et la condition résolutoire dans les libéralités.

4. — En ce qui concerne la condition suspensive, la distinction est nette : La condition suspend l'exécu-

(3) V. *infra*, chap. II.

tion de la donation ou du legs qui lui sont soumis, alors qu'au contraire, la charge suppose la libéralité par elle grevée déjà exécutée. Le légataire ou le donataire sous condition suspensive doivent attendre la réalisation de la condition pour poursuivre l'exécution de la libéralité consentie en leur faveur, tandis que la donation ou le legs *sub modo* sont des opérations dès maintenant parfaites. De plus, le Code civil décide que, à la différence du droit du légataire *sub modo*, le droit du légataire conditionnel n'est même pas transmissible à ses héritiers ; s'il décède avant la réalisation de la condition, et fût-ce même après le décès du testateur, le legs devient caduc (art. 1040) ⁽⁴⁾.

Il est donc facile de tracer la frontière entre la condition suspensive et la charge.

5. — La difficulté apparaît si l'on examine la condition résolutoire. Celle-ci en effet ne retarde pas l'existence ni l'exécution du droit ; elle en diffère seulement l'anéantissement (art. 1183 Civ.). Le gratifié avec charge et le bénéficiaire d'une libéralité sous condition résolutoire se trouvent à cet égard dans une situation analogue ; l'un et l'autre sont fondés à poursuivre immédiatement la réalisation de leur droit.

La question est importante non seulement en doctrine, mais aussi en pratique, car les deux opérations ont des résultats opposés.

En effet la résolution d'une libéralité affectée d'une condition résolutoire s'opère de plein droit sans qu'il soit besoin d'une demande en justice, et produit un effet rétroactif ⁽⁵⁾.

(4) La solution de l'art. 1040 est dérogatoire au droit commun ; en principe le droit conditionnel est transmissible entre vifs ou à cause de mort.

(5) V. Cass. civ., 29 av. 1931, S. 1931, 1, 262 ; C. civ., 18 juin 1890, S. 93, 1, 425 ; ca Aubry et Rau, 5^e éd., t. 4, p. 122, n° 302 ; Colin et Capitant, Cours él. de droit civ., 3^e éd., t. 3, p. 642 ; B.-L. et Barde, Obl., 3^e éd., t. 2, n° 383.

Par contre, la révocation pour inaccomplissement de la charge ne s'opère pas de plein droit ; il y faut une décision de justice ^(5 bis) (art. 956). Seul le donateur peut la demander (art. 957). De plus le donataire peut toujours y échapper en exécutant la charge et en payant le prix de la procédure ⁽⁶⁾.

La discrimination est assez facile en ce qui concerne la condition casuelle et la charge ; là, en effet, les résultats de l'acte échappent à la volonté du gratifié, alors qu'au contraire l'accomplissement de la charge exige un acte de sa part ; mais la recherche est plus délicate pour la condition *potestative* dont la réalisation dépend aussi de la volonté du donataire ou du légataire ⁽⁷⁾.

6. — Différents critères ont été proposés ; particulièrement on a voulu reconnaître à la charge un caractère objectif tendant à appliquer un statut aux biens compris dans la libéralité tandis que la condition potestative intéresserait surtout le statut personnel du gratifié ⁽⁸⁾.

Nous croyons que pour établir la différence entre la charge et la condition potestative il y a lieu de rechercher les mobiles du testateur ou du donateur, chaque fois que sa volonté n'est pas nettement exprimée ; la jurisprudence applique déjà cette idée quand il s'agit d'établir le caractère illicite ou immoral de la condition ou de la charge.

Rien n'empêche de rechercher la cause impulsive

(5 bis) V. Cass., 5 juil. 1905, S. 1906, 1, 39 ; Cass. req., 27 juil. 1886, S. 1889, 1, 295 ; Aubry et Rau, 5^e éd., t. 11, p. 349, n° 707 bis.

(6) V. Poitiers, 12 déc. 1933, S. 1934, 2. 29.

(7) Il s'agit ici bien entendu de la condition potestative de la part du donataire ; en effet l'art. 944 C. civ. annule, en exécution de la règle « donner et retenir ne vaut », toute libéralité consentie sous condition potestative de la part du donateur.

(8) V. Capitant : De la cause, n° 201.

et déterminante qui a fait agir le donateur ou le testateur pour établir si son but était d'établir une charge ou une condition.

C'est ainsi que dans la donation avec charges son but sera principalement de gratifier le donataire ; sans doute il désire l'exécution de la charge, mais l'intention libérale est au premier plan dans son esprit ; cela est en accord avec les textes du Code, qui accordent au seul donateur le droit de demander la révocation qui est établie dans son intérêt exclusif.

Au contraire, le donateur sous condition résolutoire n'entend maintenir sa libéralité que si la condition envisagée n'est pas accomplie. Cette condition est passée au premier plan dans l'esprit du donateur ; ce n'est que sous la réserve de son arrivée que celui-ci a donné son consentement.

Il en résulte que la résolution par avènement de la condition résolutoire opère de plein droit, sans qu'une demande en justice soit nécessaire. Elle pourra être invoquée par le débiteur, le créancier et même par des tiers ⁽⁹⁾.

Pour nous résumer, nous dirons qu'il y a condition chaque fois que l'existence même de l'acte est reliée à un événement futur et incertain ; la charge, au contraire, n'affecte pas en principe son existence ; l'acte est résoluble mais n'en est pas moins pur et simple.

Ceci semble contraire à la jurisprudence qui connaît indifféremment des conditions accessoires et des charges qui suspendent l'existence de l'acte : il y a en réalité là une simple question de terminologie ⁽¹⁰⁾. Nous croyons préférable de réserver l'expression de

(9) V. Cass., 18 juin 1890 précité ; Colin et Capitant, 1, 111, p. 642.

(10) V. *supra*, n° 1.

« charge » aux stipulations accessoires du testament ou de la donation ; tout ce qui suspend l'existence ou peut amener la disparition de l'acte est condition.

La discrimination entre la charge et la condition est donc question de fait ; il convient toutefois de remarquer que le donateur ou testateur ne pourrait transformer la charge en condition en déclarant que si elle est déclarée impossible ou illicite elle fera tomber l'acte ; le disposant ne saurait attribuer arbitrairement à une modalité un caractère déterminant ; les juges du fond n'en conservant pas moins leur pouvoir d'appréciation⁽¹¹⁾, qui s'exerce souverainement en dehors même du contrôle de la Cour de Cassation⁽¹²⁾.

7. — La confusion entre les différents sens du terme condition étant écartée, il y a lieu de rechercher quels sont les caractères propres de la condition.

L'article 1168 C. civ. dispose que « *l'obligation est conditionnelle lorsqu'on la fait dépendre d'un événement futur et incertain* ». Il convient de souligner les éléments constitutifs de la condition mis en lumière par cette définition : 1° nécessité d'un événement futur et incertain ; 2° dépendance de l'obligation par rapport à cet événement, et 3° caractère volontaire de cette dépendance.

Aucune difficulté de principe ne se présente à propos du premier point, à savoir la nécessité d'un événement futur et incertain. Un événement passé ou présent ne saurait constituer une condition, alors même qu'il est ignoré par les parties au moment où elles

(11) Civ., 7 juillet 1868, D. P. 1868, 1, 446 ; 17 juillet 1883, S. 1884, 1, 305. Trib. Montmédy, 20 juillet 1929, *Gaz. Pal.* 1929, 2, 529.

(12) Req., 7 déc. 1885, D. P. 1887, 1, 324 ; 8 av. 1889, D. P. 1890, 1, 205 ; 9 av. 1906, S. 1907, 1, 166.

contractent ; l'obligation qui en dépendrait serait pure et simple si l'événement s'est réalisé, ou n'aurait jamais existé dans le cas contraire.

Telle est aujourd'hui l'opinion universellement admise, malgré l'article 1181 C. civ. qui définit l'obligation sous condition suspensive comme « *celle qui dépend d'un événement futur et incertain, ou d'un événement actuellement arrivé mais encore inconnu des parties* ». Ce texte est actuellement considéré comme le résultat d'une méprise.

L'événement qui serait futur sans être incertain, tel la mort d'une personne, constituerait un terme et non une condition ⁽¹³⁾. Les seuls problèmes qui se soient posés à ce sujet sont de pur fait ⁽¹⁴⁾ et il n'y a pas lieu d'y insister.

8. — Au contraire, le lien de dépendance qui rattache la condition à l'obligation a donné lieu à de multiples discussions doctrinales.

Dans l'opinion générale la condition est considérée comme un élément accessoire et adventice de l'obligation qui lui est rattachée par un lien artificiel ; elle pourrait en être détachée sans dommage juridique et en aucun cas elle ne pourrait représenter l'un des éléments constitutifs de l'obligation, à la différence de la cause, au sens classique du mot, laquelle fait partie intégrante de l'acte ⁽¹⁵⁾.

(13) Il convient cependant de remarquer que le terme incertain, c'est-à-dire celui qui se réalisera à une date qu'on ne peut déterminer à l'avance, équivaut à une condition suspensive lorsqu'il est assorti à un legs : *dies incertus in testamento conditionem facit* ; il suspend donc l'existence même du droit et se réalise rétroactivement. Il y a là une survivance du droit romain qui s'explique difficilement et qui pourrait disparaître sans inconvénient ; elle est cependant admise par une grande partie des auteurs.

(14) V. un cas de confusion entre l'obligation à terme et l'obligation conditionnelle : Cass., 20 nov. 1922, S. 1927, 1, 285.

(15) En ce sens : Demolombe. XXV, 360 et s. ; B.-L. et Barde, Oblig., II, 387 et s. ; Colin et Capitant, II, p. 163 ; Paris, 21 oct.

9. — Dans ce cas, si le lien qui relie l'obligation à la condition est purement artificiel et accessoire, il semble que la condition ne doive jamais vicier l'obligation dont elle est l'accessoire, à laquelle elle est adjoindue : à la supposer illicite ou irréalisable, on en fera abstraction tout simplement, mais l'acte restera debout, pur et simple.

Tel n'est point cependant le système du Code ni de la jurisprudence. L'article 900 C. civ. décide bien que les conditions impossibles ou illicites insérées dans les libéralités sont réputées non écrites, ce qui est en accord avec l'opinion que nous venons d'exposer ; mais pour les actes à titre onéreux, l'article 1172 établit une règle contraire en disposant que de telles conditions, nulles en elles-mêmes, rendent également nulles la convention qui en dépend.

En fait, le Code témoigne par la disposition de l'article 900 son intention de maintenir la donation ou le testament en raison du caractère intéressant de ces actes⁽¹⁶⁾ : le texte essentiel demeure l'article 1172 qui prouve que la condition n'intervient nullement dans l'acte à titre accessoire.

10. — C'est bien ainsi d'ailleurs que la jurisprudence interprète ces textes en décidant que la condi-

1902, D. 1903, 2, 12; Chausse, De la retr. de la Condition, *Rev. crit.*, 1900.

(16) Il convient du moins de remarquer que c'était là la raison d'être de la règle de l'art. 900 en droit romain (Huvelin, t. 1, p. 670 et s.). Toutefois ce traitement favorable était réservé au testament, afin de permettre au testateur de ne pas mourir *intestat*; la donation en était exclue. C'est ce système qui était appliqué dans l'ancien droit (v. Pothier : Donations testamentaires, n° 111). Le droit révolutionnaire, qui est à l'origine des dispositions actuelles, assimila au contraire testament et donation et pour des raisons politiques imprima au maintien des libéralités assorties de conditions illicites un caractère impératif et non plus interprétatif de la volonté du *de cujus*, comme dans l'ancien droit; quoiqu'il en soit, par ses origines romaines ou révolutionnaires, l'art. 900 a bien un caractère exceptionnel.

tion impossible ou illicite vicie toujours l'acte qui en dépend même s'il s'agit d'une donation ou d'un testament.

Il suffit pour que la nullité de la condition entraîne celui de l'acte que cette dernière soit « essentielle et déterminante » dans l'esprit des parties⁽¹⁷⁾.

Or, ainsi que nous l'avons vu précédemment, les clauses accessoires d'un acte ne sont pas de véritables conditions ; aux termes de l'article 1168, l'obligation est conditionnelle « lorsqu'on la fait dépendre d'un événement futur et incertain ». Par hypothèse, les clauses que nous avons appelées conditions sont pour les parties essentielles et déterminantes.

C'est dans ces conditions que la jurisprudence annule non seulement les actes à titre onéreux mais aussi les actes à titre gratuit lorsqu'ils sont assortis d'une condition : impossible, illicite, immorale⁽¹⁸⁾.

Il résulte de ce qui précède que tant aux yeux du Code que de la jurisprudence, la condition ne peut être annulée sans entraîner l'obligation dans sa chute ; contrairement à l'opinion que nous avons citée elle n'est pas un élément accessoire de l'obligation qui lui est relié par un lien artificiel ; l'événement *in conditione* est « la cause impulsive et déterminante » du contrat⁽¹⁹⁾.

(17) Req., 13 déc. 1921, D. 1923, 1, 62.

(18) V. pour les actes à titre onéreux : Req., 13 déc. 1921, précité ; Douai, 21 fév. 1924, Rec. arr. Cour de Douai 1924, p. 154 ; Trib. Melun, 5 juin 1924, D. P. 24, 2, 97 ; Trib. Seine, 24 mars 1924, Gaz. Trib. 24 av. 1924 ; Paris, 23 mars 1927, S. 1927, 1, 118.

Pour les actes à titre gratuit : Req., 31 oct. 1922, D. P. 1922, 1, 239 ; Civ., 17 juin 1883, S. 1884, 1, 305, note Labbé ; Req., 23 juin 1863, D. P. 1863, 1, 429.

Sans qu'il soit nécessaire de distinguer entre les actes à titre onéreux et à titre gratuit en ce qui concerne les moyens de preuve : Civ., 2 janv. 1907, S. 1911, 1, 585, note Wahl.

(19) L'obligation conditionnelle n'est pas à proprement dire sans cause actuelle ; on a dit quelquefois que l'élément futur est le consentement ou l'objet. Toutefois le consentement ou l'objet sont donnés en vue d'une situation future, ils ont une « cause » future, qui se superpose à la cause proprement dite (v. infra n° 12). C'est sur cet élément futur que nous faisons porter notre analyse.

11. — Pour essayer d'approfondir la véritable nature de la condition, il y a lieu d'insister quelque peu sur cette notion de la *cause impulsive et déterminante* qui a une si grande importance dans cette matière et que nous avons déjà rencontrée à propos des charges.

En principe, les éléments constitutifs de l'obligation sont énumérés dans le Code (art. 1108). Ce sont le consentement, la capacité, l'objet et la cause. Cette énumération toutefois n'est pas limitative et dans certains cas d'autres éléments peuvent être nécessaires.

La cause, l'un de ces éléments, a donné lieu à bien des discussions. Nous n'y entrerons pas. Nous nous bornerons à signaler qu'il existe en fait deux théories de la cause qui sont nettement différentes : L'une, la cause du Code civil, communément appelée, *cause intrinsèque*, laquelle s'intègre dans le contrat dont elle est l'un des éléments constitutifs ; l'autre, la *cause impulsive et déterminante*, est à la différence de la première essentiellement variable et extérieure au contrat ; c'est en grande partie une création de la jurisprudence, malheureusement sous une forme assez empirique. Ce sont deux aspects très différents d'une notion dont on s'obstine, contre toute vérité, à admettre l'unité.

La cause est une notion psychologique ; c'est la détermination du mobile auquel le contractant a obéi ; c'est le *pourquoi*, la raison d'être de l'obligation. Sans doute ces mobiles peuvent être innombrables, et il s'agit de savoir lequel d'entre eux mérite d'être retenu sous le nom de *cause*. Pour le Code civil c'est le mobile immédiat, ou spécifique, la *causa proxima*, qui doit être retenu sous le nom de cause ; ce mobile doit être considéré abstraitement ; il reste toujours le même pour les différents types de contrats, ainsi que cela a été précisé notamment par Domat. C'est ainsi que dans les contrats de bienfaisance la cause de

l'obligation réside dans l'intention libérale elle-même, l'*animus donandi* ⁽²⁰⁾ ; dans les contrats synallagmatiques ce sont les obligations des parties qui se servent réciproquement de cause, etc.

Cette définition très sûre et très simple de la cause présente l'inconvénient de laisser hors de son emprise toute la série de mobiles les plus intéressants, les plus vivants, à savoir les mobiles concrets, les mobiles individuels, que l'on qualifie généralement de « motifs ». Elle aboutit à valider les opérations les plus immorales et les plus contraires à la volonté des parties du moment où ces opérations sont causées au sens classique du mot.

12. — C'est contre cette conception que la jurisprudence a réagi vigoureusement au moyen de la théorie devenue fameuse de la *cause impulsive et déterminante*. Pour elle les mobiles individuels, extérieurs à l'acte, sont à prendre en considération et décident de la validité de l'acte lorsqu'ils l'ont déclenché, lorsqu'ils ont donné à la volonté de son auteur l'impulsion dont il est sorti. Ces mobiles individuels sont extérieurs au contrat, lequel est complet en dehors d'eux ; ils n'ont pas de valeur spécifique mais il appartient au juge d'en apprécier les mérites.

Ce n'est pas ici la place de mentionner les nombreuses et bien connues décisions qui ont fait intervenir ces notions tant en matière d'actes à titre onéreux que d'actes à titre gratuit. Un grand principe s'en dégage : quand la volonté des contractants inclut certaines modalités importantes, cette volonté influe sur le sort de l'acte lui-même ; les mobiles déterminants sont

(20) Fenet, t. XIV, p. 47 et 131 ; Pothier : Obl., n° 42.

en quelque sorte des modalités, des manières d'être du consentement.

C'est ainsi que, en outre des éléments constitutifs, la modalité peut constituer une « *seconde cause* » ⁽²¹⁾ quand elle est le centre de gravité de l'acte, et constituer ainsi un élément de validité supplémentaire de l'acte.

13. — Ce point de vue n'a pas échappé à certains des auteurs qui ont analysé la nature de la condition ⁽²²⁾. La condition, nous disent-ils, est bien un élément accessoire du contrat, en ce sens qu'elle n'apparaît pas dans tous les contrats; mais dans les cas où elle existe, elle n'en porte pas moins sur les éléments essentiels de l'obligation; elle affecte le consentement même des parties. Dès lors l'appellation même de modalité qu'on lui applique est fautive; elle ne s'explique que par la tradition.

C'est ainsi que si l'on compare la condition au terme, la différence est essentielle. Le terme suspensif ne fait que reporter l'exécution de l'obligation d'ores et déjà parfaite et munie de ses éléments essentiels; la condition suspensive vicie l'obligation dans son essence, car elle porte sur la volonté même de contracter. Ainsi, vendre sous condition suspensive n'est pas vendre quand telle chose se produira; c'est ne vendre que si telle chose se produit; l'existence même de la vente apparaît incertaine. C'est à tort qu'on dit que la vente existe sous condition; « quelque chose qui n'existe que sous condition est quelque chose qui pour l'instant n'existe pas » ⁽²³⁾.

(21) Lyon, 6 août 1884, D. P. 1886, 2, 121.

(22) Leloutre, *thèse Caen*, 1904; Eygout, *thèse Paris*, 1922.

(23) V. en ce sens: Leloutre, précité, p. 16 et s.: « La condition suspensive n'est pas une modalité de l'acte... c'est l'absence d'un élément essentiel susceptible de naître. » V. aussi Leloutre, *Rev. crit.*, 1912, p. 239 et s.

De même la condition résolutoire affecte le contrat dans son élément essentiel, le consentement ; car celui-ci n'est donné que sous condition et doit disparaître dans des circonstances déterminées. Les parties ont consenti, ont voulu que telle situation juridique se produisît entre elles, mais aussi elles ont entendu ne plus vouloir cette situation si tel événement se produisait ⁽²⁴⁾.

Dès lors il serait conforme aux principes généraux du droit de considérer, lorsqu'un fait est érigé en condition par l'auteur d'un acte, qu'il est devenu un élément essentiel de cet acte. Une conséquence importante découlerait de ce principe : Il n'existerait pas de lien de droit tant que la condition est pendante ; il pourrait y avoir condition là où il n'y a pas d'obligation déjà formée. De sorte que le contrat conditionnel serait un avant-contrat, qui ne parviendrait à l'existence que lorsque son dernier élément, le fait *in conditione*, se serait réuni aux autres. Peu importerait dès lors qu'un élément constitutif même du contrat, tel que le consentement ou l'objet, constituât l'événement *in conditione*, puisque l'avant-contrat n'a pas en principe d'effet juridique.

14. — Nous n'insisterons pas dès maintenant sur la différence qui existe entre les avants-contrats et le contrat conditionnel, mais en examinant attentivement cette analyse nous constaterons qu'elle n'est pas sans prêter à critique. Elle n'en a pas moins le mérite de bien mettre en valeur le rôle déterminant de la condition sur la volonté du contractant, ce rôle de mobile-but, « de seconde cause » de l'acte. Celui qui contracte sous condition ne veut évidemment avoir contracté que si la condition arrive.

(24) *Leloutre, loc. cit.*

Est-ce à dire qu'il n'y a pas de consentement du tout dans le contrat conditionnel? Nous ne le croyons pas. L'acte ne peut s'exécuter antérieurement à l'arrivée de la condition, mais si elle arrive, il devra être exécuté selon les modalités fixées au moment de sa conclusion. Le consentement existe, il a été valablement donné une fois pour toutes. Ce qui selon nous caractérise l'acte sous condition, c'est que le consentement a été donné d'avance pour le cas où le hasard ferait se réaliser une situation prévue.

Et une autre objection se présente: Nous avons vu que dans l'acte conditionnel le fait érigé en condition par les parties jouait le rôle de mobile essentiel, de « seconde cause » déterminante dans le contrat, plutôt que le rôle de générateur du consentement lequel, nous le répétons, est déjà donné: Mais si la cause déterminante valable est nécessaire à la validité de l'obligation, elle n'est pas nécessaire à sa formation. Elle ne nuit pas à l'obligation, laquelle est complète en dehors d'elle. Ainsi la cause-déterminante n'intervient que lorsque l'obligation est déjà formée, pour permettre d'en apprécier la validité ⁽²⁵⁾.

En d'autres termes l'élément « mobile essentiel » s'apprécie lorsque l'obligation existe déjà, et se superpose sans la remplacer à la cause proprement dite. Dès lors il n'a pas d'influence sur le moment de formation du contrat.

Nous concluons que la condition est une modalité du consentement qui n'influe pas sur la formation de l'obligation; ce n'est pas un de ses éléments constitutifs. Par contre elle n'est pas purement accessoire à l'obligation, car elle est nécessaire à sa validité et lui est rattachée par un lien très étroit.

(25) En ce sens, Josserand, Cours de Dr. civil, II, n° 143.

15. — Nous avons signalé un troisième élément nécessaire pour qu'on se trouve en face d'un acte conditionnel: La dépendance de l'obligation vis-à-vis de l'événement envisagé doit être l'œuvre de la *volonté des parties*.

Cette distinction s'applique à un grand nombre d'actes que nous serons amené à signaler par la suite et dans lesquels on trouve bien les deux premiers éléments de la condition: un événement futur et incertain auquel est subordonné l'efficacité ou l'extinction d'une obligation, mais où cette subordination n'est pas l'œuvre des parties.

Ainsi on fait alors de la notion de condition en parlant de conditions légales à propos des « éléments exigés par la loi » pour la validité d'un acte juridique. Ainsi le cessionnaire d'un office ministériel aurait un droit affecté de condition par la loi, et ce jusqu'à l'approbation de la cession par le gouvernement; de même un contrat de mariage existerait sous condition jusqu'au moment où le mariage est conclu, etc...

La jurisprudence considère comme conditionnelles un grand nombre de situations de cette sorte: celle des époux qui ont passé un contrat de mariage jusqu'à la célébration, ainsi que nous venons de le dire; antérieurement à la loi du 26 juin 1919 la situation des époux divorcés jusqu'à la transcription du jugement de divorce; celle même de la personne née en France de parents étrangers qui lors de sa majorité opte pour la nationalité française.

16. — Pourquoi la condition doit-elle résulter de la volonté des parties? Cela est imposé par l'analyse que l'on fait généralement de la rétroactivité de la condition.

Constatons en premier lieu que « la condition accomplie a un effet rétroactif au jour où elle a été con-

tractée » (l'art. 1179 civ.). Sans insister dès maintenant sur l'explication de cette règle disons que la doctrine la justifie en déclarant que l'acte affecté de la condition existe déjà au moment du contrat, quoique ses effets soient remis à plus tard ou à jamais; ou encore que par un effet de leur volonté les parties peuvent faire remonter les effets de l'acte jusqu'au jour où il a été contracté.

Or tant que l'acte n'est pas complet il est évident que cette explication empêche de lui faire produire un effet rétroactif, donc de le traiter comme un acte conditionnel; en effet si l'on admet que la condition accomplie rétroagit parce que l'acte existe depuis le jour où il a été contracté, on ne pourra la faire rétroagir si l'acte n'a pas été formé; et si l'on admet que le libre arbitre des parties puisse produire effet dans le passé jusqu'au jour du contrat, encore faudra-t-il qu'il y ait eu contrat et accord de volontés préalable.

17. — Pour qu'il y ait acte conditionnel capable de rétroagir nous exigerons donc qu'au moment de sa passation cet acte soit complètement formé. Ses éléments essentiels devront tous être réunis; par conséquent les faits que les parties pourront ériger en condition ne devront dépendre que d'elles-mêmes et ne pourront jamais consister en un élément essentiel imposé par la loi pour la validité du contrat.

Le texte même de l'article 1168 civ. vient corroborer cette opinion, en déclarant qu'il est nécessaire pour que l'obligation soit conditionnelle, qu'on la « fasse dépendre » de l'événement futur et incertain.

Les solutions de la jurisprudence étendant la notion de condition aux contrats non encore formés ne sont donc pas justifiables en théorie. En réalité il faut y voir des mesures prétoriennes en faveur de certaines situations qui légitiment l'octroi d'une protection.

Mais nous verrons qu'il existe d'autres moyens d'assurer la défense de ces situations et qu'il est inutile de recourir aux notions de condition et de rétroactivité. Nous ne reconnaitrons donc comme génératrices de rapports conditionnels que les conditions contractuelles volontaires.

CHAPITRE II

DE L'EVENTUALITE EN GENERAL

18. — La définition que nous avons donnée du droit conditionnel restreint considérablement le champ des situations que l'on s'était habitué à considérer comme conditionnelles.

Les situations où le droit est encore imparfait et l'acte juridique incomplètement constitué sont désignées généralement sous le nom de situations éventuelles. Leur étude est importante car nous devons rechercher quelle protection est assurée à ces situations et dans quelles mesures le droit éventuel est analogue au droit conditionnel.

Dans ce chapitre nous examinerons brièvement la nature et le fondement juridique du droit éventuel.

SECTION I

LA NOTION DE DROIT ÉVENTUEL

19. — L'éventualité est une modalité qui fait dépendre un droit d'un événement futur *essentiel à son existence*. Le droit éventuel est muni déjà de quelques-uns de ses éléments constitutifs, mais l'un ou plusieurs de ceux-ci ne se sont pas encore manifestés, de par la volonté des parties ou de par la nature des choses.

Dans ce cas il semble qu'il n'y ait point de droit. Comment, en effet, admettre qu'un acte puisse produire effet, alors qu'il n'est qu'imparfaitement constitué ? La loi exige quatre conditions pour la validité d'une convention : Le consentement, la capacité, l'objet et la cause (art. 1108 c. civ.). L'on s'accorde en outre à reconnaître que pour certaines catégories d'actes d'autres conditions de validité sont exigibles ; telle la solennité pour certains actes, etc. Dès lors, ont toujours considéré les auteurs et semble affirmer la logique, l'acte juridique, avant de réunir ces conditions, n'est que néant, mais quand il les réunit il vient à la vie instantanément.

20. — Cependant sous la pression des circonstances l'on a dû se résoudre à reconnaître et à valider certains de ces droits imparfaits, dont nous citerons à titre d'exemple, la promesse de vente ou l'ouverture de crédit, lesquels avaient un grand intérêt pratique. Plus même, le Code civil prévoit isolément certains de ces actes, soit pour les autoriser, telle la vente d'une chose future, soit pour les interdire, telle la vente de la chose d'autrui.

De telles solutions sont toujours demeurées exceptionnelles. La doctrine et la jurisprudence se sont tenues aux principes admis ; et si les dérogations, ainsi que nous le verrons, ont été nombreuses, c'est parce qu'on leur a trouvé un semblant d'explication juridique, généralement par une extension abusive de la notion de condition.

21. — Il en est résulté que l'on a fréquemment appliqué l'effet rétroactif de la condition à des situations non conditionnelles ; et d'autre part que l'on a refusé d'appliquer ce même principe dans des cas où il n'eût pas manqué d'être utile. C'est ainsi que la ju-

risprudence déclare que si le contrat de mariage n'a point d'existence antérieurement au jour du mariage, la solennité le fait rétroagir au jour de sa conclusion; par contre elle décide qu'une promesse de vente, quand elle se transforme en vente parfaite, ne rétroagit pas.

22. — L'étude de cette phase antécontractuelle qui peut être génératrice de droits n'a été entreprise que récemment. C'est par elle que le Code fédéral suisse des obligations et le Code civil allemand abordent l'étude des contrats. Par suite probablement de l'absence dans le Code civil de dispositions générales en cette matière, la doctrine française a fait presque entièrement défaut.

Par contre la doctrine allemande est très abondante, surtout depuis l'article publié en 1871 par Degenkolb sous le titre de : « Le concept d'avant-contrat ⁽¹⁾. Il en est de même dans la doctrine italienne. Toutefois ces études sur la formation successive des contrats n'ont pas mené à des solutions précises ; les auteurs après avoir dégagé la notion d'« avant-contrat » ne sont guère d'accord sur sa nature.

La théorie de l'avant-contrat pénétra en France sous l'influence de M. Saleilles ⁽²⁾. Elle y fit naître une conception nouvelle de l'avant-contrat et des droits qui en naissent, dans les ouvrages bien connus de M. Demogue ⁽³⁾.

Une théorie approfondie des avant-actes et des droits qui en naissent, les droits éventuels, sortirait

(1) Degenkolb. Der Begriff des Vorvertrags, réédité dans Arch. f. d. Ziv. Praxis, t. 71, p. 1 et s.

(2) Saleilles : Décl. de volonté, p. 80 et s.

(3) Demogue: Des D. év., *Rev. trim. de Dr. civ.*, 1905, p. 725 et s., et 1906, p. 731; Demogue: Des obligations, t. 2, p. 1 et s.

des cadres de cette étude. Il convient cependant de les examiner plus particulièrement à un double point de vue: celui de leurs rapports avec les droits conditionnels, et celui de leur comportement vis-à-vis du principe désigné généralement sous le nom de rétro-activité de la condition.

Dans les sections suivantes nous établirons que la formation successive des actes juridiques est possible et que ces actes peuvent faire naître un droit réel éventuel.

SECTION II

FORMATION SUCCESSIVE DES CONTRATS ET SOURCES DU DROIT ÉVENTUEL

23. — C'est un principe bien connu que celui de l'unité de temps dans la formation des actes juridiques: Les conditions requises par la loi pour la validité d'un tel acte doivent se trouver réunies à un seul moment, sinon l'acte ne peut prendre naissance. L'origine romaine de ce principe a été souvent mise en lumière ⁽⁴⁾. L'impossibilité de conclure à Rome un contrat par étapes est une conséquence du formalisme. Aussi le droit romain a-t-il connu des cas où l'une des parties est obligée de conclure un contrat à la demande de l'autre ⁽⁵⁾.

Le droit romain a également admis à côté des conditions expresses, des « conditions tacites ». C'étaient des faits dont l'existence ou la réalisation ultérieure

(4) Jhering : *Esprit du Dr. romain*, 3^e éd., t. IV, p. 148, trad. Meulenaere.

(5) Etienne Leduc : *Des avant-contrats*, *thèse Paris*, 1909, p. 13 et s.; Degenkolb, *Archiv. f. civ. Praxis*, t. 71, p. 58; Schlossmann, *Jher. Jahrbucher*, tt. 44 et 45.

étaient nécessaires à l'existence même de l'obligation. Ce n'étaient pas de véritables conditions ⁽⁶⁾. La formation successive des contrats n'était donc pas inconnue à Rome.

Cette distinction entre les « conditions expresses » et les « conditions tacites » ou « faits futurs » fut admise telle quelle par certains commentateurs du Code ⁽⁷⁾.

Mais ces prétendues conditions tacites ne sont en réalité que des éléments essentiels à la formation de l'obligation; il y en a qui sont encore à l'état futur: ils suspendent alors la réalisation de l'acte car aucun acte ne peut être exécuté tant que ses éléments essentiels ne sont pas réunis.

Un droit ne peut naître, nous enseigne la doctrine classique, que lorsque l'acte juridique qui lui donne naissance est définitivement constitué. Tout acte naît en un seul instant; du néant complet l'adjonction du dernier élément de validité aux autres fait immédiatement apparaître l'acte avec sa constitution définitive; mais jusqu'à cet instant il n'y avait que le néant ⁽⁸⁾.

24. — Cette théorie est contredite par les faits; la plupart des actes se réalisent successivement.

Il est extrêmement rare en fait de voir se produire en un seul instant le concours de volontés et des éléments qui sont à la base d'une acte juridique. On

(6) LI 1, § 3, 47 et 99, de condit. (35, 1). L. 25, § 1, quando dies (36-2). C'est dans un sens tout différent qu'on emploie aujourd'hui l'expression de condition tacite, par laquelle on entend des conditions sous-entendues en vertu de la loi, tel l'art. 1184.

(7) V. Aubry et Rau, 5^e éd., t. 4, n° 302, p. 94; B.-L. et Barde, L. 2, n° 747; Demolombe, t. 25, n° 292.

(8) En ce sens, Chausse : Rétroactivité des conditions, *Rev. crit.*, 1900, p. 530.

pourrait même se demander si une telle coïncidence de faits peut se produire dans la réalité ⁽⁹⁾.

En ce qui concerne spécialement les consentements, M. Demogue nous montre que leur simultanéité n'est exigée qu'exceptionnellement. Ainsi l'art. 1396 civ. veut que les consentements pour modifier un contrat de mariage soit « simultanés ». Parfois la loi exige une délibération, une assemblée, par cela même elle exige des consentements simultanés ; elle veut que ceux-ci aient été éclairés par une discussion ⁽¹⁰⁾. C'est une mesure de précaution afin d'assurer l'entière liberté des parties et une sérieuse réflexion à l'occasion des décisions graves.

En dehors de ces cas particuliers, même si l'on n'accepte pas la théorie de la formation de l'obligation par volonté unilatérale, des droits sont créés dès qu'une volonté a été émise sur laquelle les tiers ont pu compter. Quant une personne a émis une promesse de traiter dans certaines conditions, si un tiers en a pris acte, un droit est créé en sa faveur.

25. — La raison de cette règle est que la volonté privée est destinée à résoudre les situations *concrètes*

(9) En ce sens, Gény : *Méthode d'interprétation et sources du Dr. privé positif*, 2^e éd., p. 582 :

« Il y a des sortes d'ententes imparfaites et incomplètes sur les points essentiels agités entre deux personnes ; bien qu'en théorie pure elles ne doivent établir aucun lien de droit, elles seront traitées à l'égal d'un droit véritable... »

« Bien plus, on peut en venir à se demander si dans les faits la coïncidence des volontés est jamais exacte, car l'analyse de la formation du contrat, toute dominée qu'elle soit par la notion psychologique du consentement, doit traiter en quelque sorte cette notion à travers le prisme de la vie sociale... Le problème ne pourra plus se résoudre par la psychologie individuelle mais bien plus encore par la psychologie sociale. »

V. également Demogue : *Not. fond. de Dr. privé*, p. 263 :

« Il est dangereux et puéril de rechercher à quel instant existe le concours de volontés qui parfois n'a jamais existé véritablement. »

(10) V. Hauriou : *Principes de Dr. public*, 2^e éd., p. 137.

et particulières, de même que la loi ou l'autorité résolvent les situations d'intérêt général. Une solution juridique vers laquelle convergent des volontés poussées par des intérêts différents est par là même présumée être la plus utile pour tous.

Ce n'est point tant la coïncidence des volontés qui importe, que le fait qu'une volonté ayant été émise une autre volonté peut venir à être attirée par elle.

C'est cela seulement qui compte, même si celui qui a émis la volonté l'a rétractée à la dernière seconde. Aussi rien n'empêche en pratique les consentements et à plus forte raison les autres éléments de se réaliser successivement. Nous trouvons quelquefois dans la jurisprudence des preuves de cette manière de formation des actes juridiques ⁽¹¹⁾.

26. — Les conventions se forment donc en dehors de toute idée de simultanéité de leurs éléments constitutifs, et elles ont pour base la volonté qui se manifeste « dans des conditions telles que des tiers en ont pris acte et escompte la stabilité » ⁽¹²⁾.

Le principe est de peu d'importance pratique lorsque la convention se forme dans un laps de temps

(11) V. Trib. comm. Le Havre, 23 juillet 1929, D. H. (somm.), 1930, 40 :

« Un marché est nul tant que les parties ne sont pas d'accord sur la chose et sur le prix... Mais si ultérieurement les précisions nécessaires ont été apportées par le vendeur, et confirmées par ce dernier sans protestation de l'acheteur, celui-ci devant protester sans délai, le marché est validé. »

Une telle vente où l'on ne connaît ni l'objet ni le prix n'est pas seulement nulle, elle est inexistante. Il n'y avait là qu'une simple offre qui n'engageait pas le destinataire et qui n'était même pas génératrice de droit éventuel. Nous n'en voyons pas moins l'obligation réalisée, en l'absence de toute émission de volonté de celui-ci, par le simple fait que les éléments de l'obligation s'étant réunis, le pollicitant a pu escompter que l'acceptation s'était produite. V. également Req., 4 juillet 1923, *Gaz. Pal.* 1923, 2, 416 ; Comp. Douai, 30 nov. 1926, *Rev. Trim.* 1927, p. 422.

(12) Demogue : *Obl.*, t. 2, p. 131.

assez bref, mais il prend son plein intérêt quand la période antécontractuelle se trouve augmentée et donne lieu à des difficultés juridiques.

27. — Si une coïncidence des volontés n'est pas nécessaire pour faire naître l'obligation, il en est à plus forte raison de même des autres éléments de l'acte, l'objet, la cause et la capacité. En ce qui concerne spécialement l'objet et la cause, ce sont de simples éléments de mise en œuvre de droit. On conçoit parfaitement que l'on contracte sur une chose qui n'existe pas encore actuellement, mais qui existera plus tard.

La vente d'une chose future est permise (art. 1130 civ.). De même la cause de l'obligation peut être future: la loi l'admet pour la provision de la lettre de change; on peut contracter sur une chose illícite, pour le jour où la loi la déclarera licite, etc. ⁽¹³⁾. Dans tous ces cas, sauf l'hypothèse d'une exécution principale de l'obligation qui est impossible, le droit apparaît comme définitivement constitué.

Il y a lieu de faire une place particulière à la capacité. C'est là en effet un élément qui intéresse le consentement lui-même dont il constitue la protection.

Cependant celui qui a traité avec un incapable a un certain droit; l'acte pourra être confirmé plus tard; dès maintenant il peut être tenu à exécuter l'acte. Il peut poursuivre l'incapable en exécution du contrat; il appartient à celui-ci d'opposer la nullité relative du contrat.

28. — En dehors des actes purement conventionnels, c'est-à-dire de ceux qui pour être purs et simples ne nécessitent que la réunion des éléments stipu-

(13) V. Jurisprudence et bibliographies. Demogue : Obl., t. 2, p. 40, note 7.

lés par l'art. 1108 il y a des actes qui pour avoir force juridique doivent, en dehors de ces éléments, être accompagnés de certaines solennités: par exemple l'acte de donation, d'hypothèque, les contrats réels, etc... Peut-on dire pour cette seconde catégorie de droits conventionnels que l'accord des parties est constitutif du droit et que la solennité sera une simple condition de mise en œuvre, par conséquent qu'il y aura des droits soumis à l'éventualité d'une solennité ? Une distinction est nécessaire. Dans les cas où la solennité est nécessaire pour prévenir les tiers ou pour éviter la fraude l'accord des parties aura force obligatoire; par contre si la solennité est prévue pour assurer la liberté des contractants, ceux-ci ne peuvent se lier par une promesse. Ainsi la promesse d'hypothèque ou de gage liera le promettant, mais la promesse de donation restera sans effet.

Nous avons vu par ce qui précède que les conventions ne se forment pas d'une manière instantanée et qu'elles existent dès que leur élément capital, la volonté de contracter dont un tiers s'est emparé, a fait son apparition. Ce n'est pas seulement en matières d'obligations nées d'un accord de volontés que nous trouvons des actes à formation successive et à formation définitive dès l'apparition de leur élément capital.

29. — Nous savons que tous les droits naissent soit d'un accord de volontés, soit de la loi. En effet les obligations quasi-contractuelles, délictuelles et quasi-délictuelles sont considérées dans la doctrine la plus récente comme de simples obligations légales, ce qui correspond d'ailleurs à la réalité.

Cette dernière catégorie comprend des droits fort différents. Nous jetterons un bref coup d'œil sur ce sujet qui sort quelque peu du cadre de cette étude,

afin d'établir l'existence de droits éventuels dans tous les domaines.

Il va de soi qu'une catégorie importante d'obligations légales échappera aux droits éventuels: ce sont les obligations correspondant à l'état des personnes et aux obligations familiales, telles que le droit de puissance paternelle ou maritale, la charge d'une tutelle, etc... On ne concevrait guère un droit éventuel en cette matière. La raison en est que le droit éventuel suppose une certaine autonomie de la volonté, ou la volonté n'a pas à intervenir dans ces situations qui existent en dehors d'elle. C'est la loi qui réglemente ces situations et les fait se succéder, mais elles n'offrent pas d'emprise à une modalité, elles sont toujours pures et simples.

Si nous considérons les obligations légales issues de droit patrimoniaux, nous trouverons les obligations délictuelles et quasi-délictuelles et celles issues de la succession *ab intestat*. Nous trouverons également les obligations créées par un acte participant de la volonté et de la loi: le testament, et un droit qui puise sa source dans la loi: l'obligation alimentaire.

30. — Délits et quasi-délits. — En matière d'obligations délictuelles et quasi-délictuelles entre lesquelles il n'y a aucune différence de régime ⁽¹⁴⁾, quand un fait dommageable a été accompli, il ouvre la voie à un droit en réparation qui est pur et simple. Mais il peut arriver que le dommage soit encore à l'état *futur*, parce qu'il ne peut encore être déterminé ou

(14) Quoique le délit, à la différence du quasi-délit, suppose l'intention de nuire, il y a dans les deux cas manquement à une obligation préexistante, qui expose l'auteur tant du délit que du quasi-délit à la réparation du dommage causé. Il n'y a donc pas d'intérêt à faire la différence, sauf peut-être pour la responsabilité de la femme sur les immeubles dotaux.

parce qu'il ne s'est pas encore manifesté ⁽¹⁵⁾. Dans ce cas, si seul le fait dommageable existe, et si le dommage n'a pas encore pu être constaté, il y a déjà droit *éventuel*, droit soumis à l'éventualité de la réalisation du dommage.

Le cas est fréquent en pratique: un accident arrive, et la victime subit des lésions dont les effets ne se manifestent peut-être qu'après des années; une personne confie à un notaire un titre hypothécaire dont elle requiert l'inscription, et le notaire n'accomplit pas son mandat; l'époux coupable qui divorce est tenu à des aliments au profit de son conjoint, dans l'éventualité de la misère de celui-ci; dans tous ces cas il faudra attendre pour constater s'il y a dommage, mais il n'y en a pas moins un droit actuel, qui pourrait être l'objet d'une cession ⁽¹⁶⁾ ou d'une renonciation.

D'ailleurs si l'on admet que toute faute, tant contractuelle que délictuelle, n'est qu'un manquement à une obligation préexistante, cette dernière ayant une source légale dans le cas du délit ⁽¹⁷⁾ toute différence entre ces deux fautes disparaît et la faute contractuelle pourra également justifier une réparation pour un dommage qui n'apparaîtra que dans l'avenir ⁽¹⁸⁾. Là encore nous trouvons une source importante de droits éventuels.

(15) La jurisprudence admet que le rejet « en l'état » d'une demande en dommages-intérêts pour le motif que l'importance du préjudice ne peut être établie actuellement, ouvre un droit à l'appréciation du montant à l'indemnité pour le moment où cela sera possible.

V. Cass. civ., 3 nov. 1932, S. 1933, 1, 149.

(16) Toutefois la pension accordée à l'époux divorcé contre son conjoint en vertu de l'art. 212 n'est pas susceptible de cession. V. Civ., 12 déc. 1921, D. P 1922, 1, 153.

(17) Voir sur ce point l'étude de M. Planiol, t. II, 3^e éd., n^o 873 et s.

(18) Le droit français, dans les art. 1150 et 1151 civ., fruits d'une tradition ancienne basée sur l'interprétation d'ailleurs peu exacte des textes romains, dispense le débiteur des conséquences éloignées et indirectes de sa faute. Il n'en est pas ainsi en droit

31. — *Droits de succession.* — Passons maintenant aux droits issus de la succession *ab intestat*. En matière de droits successoraux le droit éventuel perd beaucoup de son intérêt pratique du fait que la loi empêche les héritiers de faire des conventions quant à une succession non encore ouverte, et du fait que les héritiers n'ont pas la possibilité de faire des actes conservatoires. Il n'en est pas moins intéressant de constater que certains héritiers sont, même s'ils n'ont pas l'exercice de leur droit, de véritables *créanciers* de la succession.

Il en est ainsi de l'héritier *réservataire*; la qualité de réservataire constitue l'élément capital d'un droit éventuel pendant la vie de son auteur; la mort de ce dernier suivie de l'acceptation de l'héritier suffira pour constituer un droit pur et simple.

En effet rien ne peut empêcher le réservataire de venir à la succession; il est à l'abri de toute disposition gratuite tentée par le *de cujus*. Son droit se présente avec une telle force qu'on pourrait l'assimiler à un droit à terme incertain, s'il n'était soumis à l'éventualité du prédécès du *de cujus*.

Un droit analogue existe en faveur de l'*institué contractuel*. La loi, en accordant à celui-ci le droit de recueillir tout ou partie des biens que le donateur laissera à sa mort, en le mettant à l'abri des dispositions gratuites, entre vifs et par testament qui pourraient être faites à son préjudice, lui accorde un véritable droit soumis à l'éventualité du prédécès du donateur ⁽¹⁹⁾.

allemand : le Code civil allemand abandonne toute distinction entre les dommages prévus et imprévus, directs et indirects, et consacre d'une manière absolue le principe de la *réparation intégrale* : « Celui qui est tenu à des dommages-intérêts doit rétablir l'état de choses qui aurait existé, si la circonstance obligeant à indemnité n'était pas survenue » (art. 249). Comp. Hindenburg : La Théorie des dommages-intérêts, *Revue critique*, 1901, p. 26.

(19) V. Planiol, III, 2^e éd., n° 3178.

Les choses se passent de même dans le cas d'une donation cumulative de biens présents et à venir ⁽²⁰⁾.

Peut-il être question de droits éventuels appartenant aux héritiers non réservataires ? L'art. 791 civ. parle en effet des droits éventuels qu'on peut avoir à une succession. Bien plus, l'élément principal du droit, le lien de parenté, existe. Toutefois, pendant la vie du *de cujus*, ce droit se réduit à rien, de par le droit de celui-ci de disposer de tous ses biens.

Il n'en est plus ainsi au moment du décès. L'héritier est saisi *de plano* des droits du défunt; mais il ne les acquerra que s'il accepte, et s'il n'accepte pas dans un délai de 30 ans il sera considéré avoir renoncé : Son droit n'est donc pas pur et simple. Quel est donc son droit ? Si l'on admet le système de la jurisprudence selon lequel l'appelé n'est héritier que s'il accepte, car tel est le résultat de la jurisprudence qui le considère comme renonçant s'il n'a pas accepté pendant 30 ans, l'héritier aura un droit soumis à l'éventualité de son acceptation. Si au contraire on admet que l'appelé est immédiatement héritier, son droit existera sous l'éventualité d'une renonciation et dans ce cas nous aurons une éventualité résolutoire. De même le légataire antérieurement à son acceptation n'aura qu'un droit éventuel.

Il résulte de ce qui précède que la transmission de propriété par suite de décès n'est jamais parfaite avant l'acceptation des héritiers ou légataires; la solution est la même en cas de testament. Le testament ne crée pas de droit définitif; il exige que le légataire

(20) Dans ce cas, si l'institué opte dans le sens de la donation de biens à venir, il se trouvera avoir eu du vivant du donateur un droit éventuel semblable à celui de l'institué contractuel. Si par contre il opte pour la donation de biens présents, il aura été dans la situation du bénéficiaire d'une promesse de vente, avec cette différence que la promesse ne pourrait être acceptée avant la mort du donateur. Là encore il y aura eu droit éventuel.

y collabore en l'acceptant; c'est donc une offre de contrat qui deviendra définitive par le décès, et ne pourra être acceptée qu'à ce moment. Cette construction contractuelle du testament explique qu'en dehors des dispositions de biens on puisse y trouver les bases d'obligations qui devront être exécutées en faveur des tiers ou par eux, ou encore qu'on y trouve les éléments d'un autre contrat ⁽²¹⁾.

32. — Créances d'aliments. — Il nous reste à examiner le droit qui existe en faveur du créancier de l'obligation alimentaire, sur laquelle il convient de s'appesantir quelque peu. L'obligation alimentaire présente en effet un double intérêt; c'est un cas où le droit éventuel existe en vertu de la loi, sans que la volonté des parties intervienne, et il sera important de savoir par la suite qu'un droit éventuel peut se constituer lorsque son élément principal consiste dans une disposition de la loi ⁽²²⁾; d'autre part, dans une certaine opinion on a voulu faire passer le droit aux aliments pour un droit *conditionnel*.

Dans l'obligation alimentaire la volonté des parties n'a aucune part; non seulement elle n'intervient pas pour subordonner le rapport de droit à l'événement qui lui donne naissance, le dénuement du créancier d'aliments, mais elle ne participe en aucune façon à la formation du fait créateur de l'obligation. On ne saurait sérieusement soutenir, en effet, que le lien de parenté dépende essentiellement de la volonté humaine.

Or le lien de parenté crée en vertu de la loi et par sa seule existence, un droit aux aliments, droit qui reste éventuel jusqu'au jour où le créancier se trouve

(21) V. Demogue: Obligations, t. II, n° 466.

(22) Nous ne parlons pas ici de l'obligation alimentaire constituée par convention ou testament, qui crée un droit pur et simple.

dans la misère. Cette constatation semble sans intérêt pratique; toutefois elle est utile dans le cas où le créancier d'aliments se trouve en face de plusieurs débiteurs ayant avec lui des liens de parenté différents. Dans ce cas la doctrine et la jurisprudence décidaient généralement qu'il doit suivre un ordre déterminé dans ses poursuites, les différents débiteurs étant hiérarchisés pour le service des aliments. Mais si le créancier d'aliments possède un droit, il doit pouvoir l'exercer contre le débiteur de son choix sans avoir à suivre un ordre de succession quelconque. C'est ce qu'une nouvelle jurisprudence vient de décider, en posant le principe *cumulatif* de l'obligation alimentaire: le demandeur peut s'en prendre à qui bon lui semble, sans être tenu ni d'englober tous les débiteurs dans une même poursuite, ni d'engager des actions successives suivant une hiérarchie quelconque; sa liberté de détermination est entière et il pourrait s'adresser à des alliés pour avoir à mettre d'abord en cause ses parents ⁽²³⁾.

33. — Il est à remarquer, ainsi que nous l'avons dit précédemment, que certains auteurs ont voulu considérer l'obligation alimentaire comme soumise dans sa naissance à une condition: le fait du dénuement de l'ayant droit ⁽²⁴⁾. On tendait, par le moyen de la rétroactivité de la condition, à permettre la transmission de la dette du débiteur à ses héritiers, même si le débiteur était mort antérieurement au dénuement de l'avant-droit. Si, en effet, le droit du créancier d'aliments était conditionnel comme dépendant de son indigence, peu importait l'époque à laquelle cette

(23) Cass. civ., 2 janv. 1929, D. H. 1929, 65.

(24) Delvincourt, sur l'art. 206, I, p. 92, note 2; — Duranton, t. II, n° 407.

indigence se réalisait, fût-ce après la mort du débiteur, puisque les héritiers succèdent aux obligations conditionnelles de leur auteur, et que la condition accomplie a un effet rétroactif.

Contentons-nous de constater, ainsi que cela a été fait par Marcadé ⁽²⁵⁾ que, à raisonner rigoureusement, ce serait jusqu'à la naissance du créancier d'aliments que devraient remonter les effets de l'obligation alimentaire. C'est-à-dire que le débiteur ou ses héritiers devraient au créancier, si sa misère venait à se produire, des aliments depuis sa naissance. Rien ne montre mieux que cet exemple, l'absurdité de l'introduction de la rétroactivité en matière de droits qui se réalisent successivement.

Aussi l'opinion de la nature conditionnelle de l'obligation alimentaire est-elle aujourd'hui abandonnée par la doctrine, qui lui reconnaît un caractère purement personnel basé uniquement sur le lien de parenté, en sorte qu'elle ne passe pas aux héritiers ou successeurs universels et ne se réalise qu'à partir du moment où le créancier se trouve dans le dénue-ment ⁽²⁶⁾.

Telle est également l'opinion de la jurisprudence qui reconnaît au créancier d'aliments un droit éventuel ⁽²⁷⁾.

(25) Marcadé, sur les art. 206-208, p. 544. Toutefois Marcadé admettait la transmission de la dette alimentaire aux héritiers pris comme tels.

(26) Demolombe, IV, 40 et s.; Laurent, III, 48; Tissier, *thèse Paris*, 1880, p. 168; B.-L. et Houques-Fourcade : *Des Personnes*, 3^e éd., I, 2061 et s.; Planiol, I, 686; Colin et Capitant, I, p. 381.

Contra : Aubry et Rau, IX, n° 156, qui admettent que l'obligation alimentaire passe aux héritiers. Toutefois ces auteurs fondent leur solution sur l'équité, et non sur le caractère conditionnel de l'obligation.

(27) Cass. civ., 2 janv. 1929 précité; Grenoble, 21 mai 1924, D. H. 1924, 520; Civ., 27 nov. 1917, D. 1917, 1, 193.

34. — Il y a donc possibilité de droit affecté d'une éventualité dans toutes les hypothèses où le droit se constitue peu à peu. Certains auteurs qui ne reconnaissent de droit que là où l'obligation est définitivement constituée emploient l'expression *fait juridique* ou *fait juridique conditionnel* pour désigner ce que nous appelons droit éventuel. Ainsi on cite justement comme exemple de fait juridique conditionnel de droit aux aliments que le créancier possède contre ses proches dans l'éventualité de sa misère, le droit de l'héritier réservataire à la réserve pendant la vie de son auteur.

On reconnaît que dans ces cas une situation génératrice d'effets juridiques existe, mais, dit-on, il n'y a point de droit puisque le droit est démuné encore d'un élément constitutif. Il y a plus que le néant il y a situation conditionnelle qui dépend d'un ensemble de circonstances matérielles: c'est le fait juridique qui agirait à la manière d'une condition.

On constate qu'il existe dans certaines circonstances des situations qui méritent une protection judiciaire, et comme on ne veut pas admettre que le droit existe déjà, on se sert du subterfuge de la rétroactivité pour faire produire à ces circonstances des effets fictifs. Cette façon de procéder nous semble peu scientifique.

Il n'y a point, en effet, que les droits purs et simples qui soient des droits dans l'acception juridique du mot. Il y a droit chaque fois qu'un intérêt est juridiquement protégé. Si un droit trouve une protection complète dans la loi, qui lui permet de parvenir immédiatement à son exécution, nous dirons que nous nous trouvons en face d'un droit pur et simple. Si un intérêt qui n'offre pas actuellement la possibilité d'une exécution est protégé par la loi, dès maintenant et d'avance, il y a droit, mais entaché d'une modalité.

Aussi, dès que l'on reconnaît que certaines circonstances produisent un effet de droit, l'expression de « fait juridique » ne convient plus.

35. — Il résulte de ce qui précède que nous pouvons définir le droit éventuel de la façon suivante: C'est le droit né *actuellement* de tout acte juridique incomplet mais possédant déjà un élément capital: la volonté employée d'une manière autorisée par la loi.

Nous avons trouvé que tout acte juridique, et non point seulement la convention, pouvait engendrer le droit éventuel. C'est pourquoi, à l'appellation d'avant-contrat (Vorvertrag) employée par les Allemands pour désigner l'acte incomplet, M. Demogue préfère l'appellation plus générale d'*avant-acte*.

SECTION III

DES DROITS QUI PEUVENT NAÎTRE DE L'AVANT-CONTRAT

36. — Si l'on n'en est plus à nier aujourd'hui que des liens juridiques puissent s'établir antérieurement à la perfection du contrat, certains auteurs n'y voient pas un contrat définitif.

L'avant-contrat serait un contrat conclu entre les parties dans le but de les faire contracter; ce contrat serait donc tout à fait séparé de l'acte principal avec lequel il ne faudrait pas le confondre; au moment de la conclusion du contrat principal, l'avant-contrat disparaîtrait comme s'il n'avait jamais existé. Ce serait un contrat à caractère préparatoire, qui ne pourrait engendrer qu'une obligation de faire, celle de conclure lorsque cela sera possible ⁽²⁸⁾.

(28) Degenkolb, *Der Begriff des Vorvertrags*, p. 51; Göppert, *Zur Lehre von den Pacta de contrahendo*, § 1, *Krit. Vierteljahrsschrift*, t. 14, p. 402; Leduc, thèse précitée, p. 29 et 209.

37. — Il résulte de cette façon de voir que le contrat définitif exigerait pour se former une seconde émission de volonté de la part de celui qui s'oblige. Celui qui a déjà adhéré au contrat n'en est pas moins tenu d'y consentir une seconde fois pour le rendre définitif. S'il s'y refuse, il ne pourra être tenu que du paiement de dommages-intérêts, car l'art. 1142 prononce que « toute obligation de faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur » ⁽²⁹⁾. Et encore ne pourrait-il être tenu à indemnité que si son refus de contracter est injustifié; un changement dans la situation des parties suffirait à permettre le refus de conclure le contrat ⁽³⁰⁾.

Il est vrai que dans une opinion contraire, on soutient que le promettant ayant déjà donné son adhésion, le contrat deviendrait parfait par l'acceptation du stipulant, l'émission de volonté du promettant étant censée maintenue ⁽³¹⁾. Mais une telle solution est contraire aux principes si l'on admet qu'il y a vraiment deux contrats différents. S'il y a contrat définitif différent de l'avant-contrat, ce contrat définitif ne peut se former sans accord de volontés. L'obligation définitive, le lien de droit n'existe pas pour l'instant, et ne pourrait trouver sa source dans un contrat que, par hypothèse on considère mettre à la charge du promettant seulement une obligation: celle d'adhérer au contrat définitif. Or si le promettant a promis d'adhérer, il ne l'a toujours par hypothèse,

(29) Göppert, *loc. cit.*, § 4, *in fine*.

(30) V. Leduc, *thèse précitée*, p. 131.

Le Code autrichien admet que « la stipulation par laquelle on convient de conclure un contrat dans l'avenir n'est obligatoire que lorsque les circonstances n'ont pas changé dans l'intervalle de manière à ce que le but expressément déterminé ou résultant des circonstances ait été rendu impossible, ou encore que la confiance de l'une des parties en l'autre ait été détruite » (art. 936).

(31) Leduc *précité*, p. 152; Cass., 12 déc. 1898, S. 99, 1, 88.

pas encore fait. Comment pourrait-on dans ces conditions déclarer qu'il s'est déjà engagé, alors qu'il n'a fait que promettre de s'engager ?

Vainement dirait-on, dans cette opinion, que le consentement pourrait être suppléé par voie de justice. Le juge ne peut que constater l'existence d'une obligation valable; si l'obligation n'est pas conclue, le promettant peut encourir une responsabilité à raison de son refus de la valider, mais il ne saurait être tenu de l'exécuter.

Admettre qu'un seul consentement suffit pour former l'avant-contrat et le contrat définitif, c'est admettre qu'il n'y a qu'un seul contrat.

38. — De même faudrait-il considérer selon cette même opinion que si le promettant décède ou devient incapable dans la période de l'avant-contrat, le contrat définitif ne pourrait être conclu, car l'adhésion n'a été que promise.

Dès lors la théorie de l'avant-contrat engendrant une simple obligation de contracter dans l'avenir perd tout intérêt pratique. Elle s'identifie à l'offre, et comme celle-ci, ne permettra en cas de non-réalisation qu'une action en dommages-intérêts encourus pour faute pendant la période précontractuelle ⁽³²⁾.

Aussi n'est-ce pas dans la conception de deux contrats se succédant par un effet de la volonté des parties, que rien ne permet de supposer, que nous trouverons l'explication du caractère obligatoire de l'avant-contrat.

39. — En réalité il y a bien une seule et unique émission de volonté, qui a immédiatement force obligatoire. Nous avons admis que les contrats pouvaient

(32) V. Fagella, *Riv. di dir. comm.*, 1910, II.

se former successivement; c'est une seule et même obligation qui naît dès l'émission de volonté, ou pour être précis, dès que cette émission de volonté a été acceptée par un tiers, et les éléments qui viennent s'y ajouter postérieurement ne font que la valider et la rendre exécutoire; il n'existe pas de contrat définitif. Il n'y a que la possibilité d'exiger l'exécution pure et simple d'un contrat jusqu'alors imparfait, qui n'engendrait que des droits imparfaits.

40. — Il y a lieu d'envisager ici un correctif nécessaire: jusqu'ici nous avons considéré comme ayant un effet obligatoire la volonté de se lier acceptée par un tiers. Cela semblait devoir ouvrir la voie à une quantité illimitée de droits éventuels dès qu'une volonté de contracter s'est exprimée. Il n'en est pas ainsi pourtant; il faut bien considérer le complément de cette idée, c'est-à-dire que la volonté doit sans aucun doute possible constituer le premier élément d'un contrat.

Nous avons bien admis que l'objet, la cause, ne sont que de simples éléments de *mise en œuvre* du contrat parce que la présence de ces éléments n'apporte aucun changement au lien obligatoire, ils lui permettent simplement d'être exécuté. Mais le principe de la coïncidence nécessaire de ces éléments étant écarté, il n'en reste pas moins certain que pour que le lien obligatoire se forme, la volonté doit exprimer sur quel objet elle portera, pour quelle cause elle exécutera. Il se peut que certains éléments du contrat ne se soient pas encore manifestés, mais ils n'en doivent pas moins être prévus par les contractants d'une façon définitive.

41. — En d'autres termes il n'y a contrat préliminaire, avant-contrat, que s'il n'y a aucun doute que

les parties ont jeté dès maintenant les bases du contrat définitif, en sorte que les éléments manquants étant survenus, l'acte puisse être exécuté sans aucune modification ni addition.

Dès lors, l'avant-contrat se présente, pour reprendre l'expression de M. Demogue, comme un projet de monument, dont les premières pierres sont posées et dont la forme définitive est connue. Les éléments existants du contrat ne sont plus modifiables; ils ont leur forme définitive; la volonté doit être exécutoire dès la survenance des éléments absents⁽³³⁾.

42. — L'avant-contrat et en général l'avant-acte devra donc se présenter dès son origine dans le cadre de l'un des moules des actes juridiques : Un contrat, un testament, un jugement, un cahier de charges général, etc. Si les éléments capitaux de l'acte existent à l'intérieur d'un de ces moules, peu importera que celui qui a émis sa volonté meure, que le corps constitué qui a émis sa volonté soit modifié ou démissionnaire; celui qui a été partie au contrat, qui a accepté le cahier de charges, conservera son droit⁽³⁴⁾.

Le concept d'avant-contrat ne manifeste pas un caractère anarchique, de nature à détruire la notion habituelle de convention et à jeter le trouble dans les relations contractuelles; au contraire il limite avec une grande sévérité les cas où un lien obligatoire peut se former, à ceux où la volonté s'est exprimée dans le cadre d'un acte juridique.

Ceci est une conséquence nécessaire du principe que l'avant-contrat n'est autre chose que le contrat définitif, auquel manquent les éléments nécessaires pour qu'il puisse engendrer un droit pur et simple.

(33) Cf. Hauriou : *Pr. de Dr. public*, 2^e éd., p. 138.

(34) V. Demogue : *Obligations*, t. 2, n° 465, p. 525, n° 530, p. 108; cf. Hauriou précité.

43. — Dès lors qu'il y a lien obligatoire aussitôt que ces conditions sont remplies, une autre question se pose ; quelle est la force de ce lien ? En d'autres termes, dans les cas où le contrat tend à la constitution d'un droit réel, l'avant-contrat pourra-t-il dès son origine transmettre un droit réel, un droit direct sur une chose ? Est-il possible d'imaginer un droit qui, par hypothèse, ne peut être exécuté, un droit éventuel, mais qui repose directement sur une chose ? On le nie généralement : l'avant-contrat, dit-on, ne saurait réaliser une modification de la propriété ; il établit simplement des relations entre les parties ; celles-ci s'engagent personnellement, mais le lien objet du contrat ne pourrait se trouver grevé d'un droit réel avant que le contrat soit définitivement conclu ; le droit réel ne pourrait être séparé de son objet.

La question a une grande importance car elle se pose dans les mêmes termes pour le contrat éventuel et pour le contrat conditionnel, ce dernier étant supposé incomplet *pendente conditione* ; la rétroactivité de la condition devient vraiment un principe inexplicable si l'on n'y voit pas la simple confirmation d'un droit réel préexistant.

Nous constaterons en premier lieu que si le contrat définitif qui constitue un droit réel est un achèvement, une suite nécessaire de l'avant-contrat, il est de mauvaise méthode de décider que cette convention par laquelle les parties poursuivent l'établissement d'un droit réel, n'engendrera dans sa première phase qu'un droit personnel. Celui qui passe une promesse de vente, qui lui permettra d'acheter le jour où il le voudra, ou celui qui achète une chose qui n'existe pas encore, ne désire aucunement entrer dans un rapport de droit personnel avec son cocontractant ; au contraire, il désire pouvoir se passer de celui-ci, de façon à ce que le jour où le contrat sera parfait, le bien

entre directement dans son patrimoine. Si son cocontractant possède la liberté de contrevenir à ce souhait, en aliénant la chose à un tiers ou en la grevant de droits qui primeront le sien, son but ne sera pas atteint. En passant son contrat antérieurement à la date à laquelle il peut devenir pur et simple, le bénéficiaire a prouvé son désir de s'assurer la possession du bien. Une solution qui ne lui permettrait pas d'obtenir satisfaction ne serait pas une solution équitable.

44. — Ne serait-il pas plus juste et plus conforme à la nature de l'opération de dire que le promettant a cédé dès la conclusion de l'avant-contrat un droit réel qui ne pourra encore s'exercer sur la chose, laquelle n'a pas changé de propriétaire ou n'est pas encore existante, et que ce droit prendra date immédiatement, en sorte que le contrat étant devenu parfait, ce droit primera tous ceux qui ont pu être constitués dans l'intervalle ?

Mais, objectera-t-on, une telle solution sera très dangereuse pour les tiers. Il n'en est rien ; les tiers seront suffisamment protégés par les règles de la transcription en matière d'immeubles et par les règles spéciales sur la possession en matière de meubles. Dès lors il ne sera pas plus choquant de voir l'éventualité exécutée en vertu d'un droit réel né en même temps qu'elle a été contractée, c'est-à-dire avec un effet rétroactif, que de voir ce même effet rétroactif s'exercer en matière de condition.

45. — L'objection qu'on pourra faire à l'encontre d'un tel droit ne sera donc pas fondée sur des raisons d'ordre pratique mais sur des raisons tirées de la nature juridique du droit réel. Aussi devons-nous

examiner de plus près si la conception d'un droit réel éventuel n'est pas viable.

46. — Nous poursuivons ici un but modeste d'ordre pratique. Nous ne tenterons pas l'analyse des constructions systématiques que les auteurs ont bâties dans le domaine théorique ou même dans celui de la philosophie du droit. Nous désirons seulement, dans le cadre de notre législation actuelle, arriver à une idée satisfaisante, la classification des droits réels et personnels, tout en admettant la dualité de ces droits.

47. — Les théories qui aboutissent à l'unification des droits semblent, en effet, quel qu'en soit le bien-fondé, se heurter à l'obstacle infranchissable des textes du Code. Le législateur français considère la propriété, l'usufruit, les servitudes, comme des droits véritables. L'article 543 en effet dit: « *On peut avoir sur les biens ou un droit de propriété, ou un droit de jouissance...* » Le Code civil admet qu'il existe deux catégories de droits, les uns réels, les autres personnels. Le livre II du Code est consacré à certains droits réels tandis que le livre III contient les textes relatifs aux obligations. Enfin l'article 543 contient une liste de droits réels et trace le plan de leur étude dans les titres suivants ⁽³⁵⁾.

48. — C'est pourquoi, désireux avant tout d'obtenir une solution susceptible d'application positive, nous

(35) Ce raisonnement, a-t-on dit, n'est pas décisif puisque les diverses théories respectent les solutions positives du Code.

Une conception unitaire des droits nous semble cependant devoir bouleverser certaines notions maîtresses de la loi, l'ordonnement du Code et la distribution des matières successivement réglementées. D'autre part une certaine harmonie ne peut être niée entre les données économiques et le dualisme admis entre les droits réels et personnels. V. Bonnecase: Supplément au Tr. de Dr. civil de Baudry-Lacantinerie, p. 49 et s.

ne ferons que mentionner ici la théorie bien connue de notre savant Maître, M. Demogue, d'après laquelle les droits réels se résorbent dans les droits personnels, en sorte qu'il n'existe plus que des droits plus ou moins efficaces, plus ou moins forts, selon que le sujet du droit est une personne déterminée ou au contraire, l'universalité des hommes. Nous ne ferons également que mentionner un autre système qui a pour effet d'absorber le droit personnel dans le droit réel⁽³⁶⁾.

49. — On a coutume de noter dans la comparaison des deux sortes de droits certaines différences qui donnent son intérêt à la classification. Le droit réel aurait deux attributs spéciaux, deux avantages vis-à-vis du droit personnel ; le droit de préférence et le droit de suite. En outre, enseigne la théorie classique, le droit réel porte directement sur une chose : il y a rapport direct entre le titulaire et la chose objet du droit à l'exclusion de tout rapport personnel avec un sujet passif.

50. — En réalité, on distingue généralement deux catégories de droits réels :

A. — Les droits dits *principaux*, dont le type est la propriété, lesquels comprennent :

1° des droits dans lesquels on veut voir un démembrement, une dissociation de la propriété, tels que l'usufruit, l'usage, l'habitation, etc...;

2° des droits qui représentent une charge de la propriété, les servitudes.

B. — Les droits réels dits *accessoire*s, qui ne mettent pas leur titulaire en contact avec la chose, et qui

(36) V. Gazin : Essai critique sur la notion de patrimoine dans le Droit classique, thèse Dijon, 1910.

sont les accessoires d'une obligation, tels que le gage ou l'hypothèque. Mais la nature réelle de ces droits est discutée.

51. — L'expression de droit de préférence ne convient nullement aux droits réels principaux: le propriétaire qui demande la distraction des meubles lui appartenant en cas de saisie ou qui revendique le dépôt confié à un failli, ne prétend pas à être réglé par préférence. Il se borne à montrer que la chose est un élément de son propre patrimoine et non de celui du débiteur. Il en est de même en cas de conflit entre deux titulaires d'un même droit réel principal. Le conflit n'est pas résolu en faveur du titulaire antérieur en date parce qu'il a un droit de préférence, mais bien parce que le droit réel, propriété ou usufruit, se trouvait déjà dans son patrimoine quand le second titulaire a cru en faire l'acquisition⁽³⁷⁾. D'autre part, la règle « *prior tempore potior jure* » est susceptible de s'appliquer même en matière de droits personnels⁽³⁸⁾.

52. — Il n'est donc possible d'appliquer la notion de droit de préférence qu'aux garanties réelles, privilèges et hypothèques, appelées communément droits réels accessoires. Mais ces garanties ne sont pas de véritables droits réels. Dès lors, la notion de droit de préférence en matière de droit réel doit être complètement écartée⁽³⁹⁾.

(37) Bonnecase, *op. cit.*, p. 206 et s.

(38) Demogue: Notions fondamentales de Droit privé, p. 421 et s.; Rigaud: Le Droit réel, Histoire et théories. Son origine institutionnelle, *thèse Toulouse*, 1912.

(39) V. Chauveau: Classification nouvelle des Droits réels et personnels, *Rev. crit.* 1931, p. 549.

53. — En ce qui concerne le droit de suite, ce n'est pas là encore un attribut du droit réel principal. La notion de droit de suite sous-entend en effet que la chose a d'abord été aliénée valablement à un tiers, et que le titulaire a le droit d'aller la rechercher dans le patrimoine de ce dernier. Mais le propriétaire qui intente l'action en revendication ou l'action confessionnaire n'exerce pas un droit particulier qui puisse mériter le nom de droit de suite : il se borne à demander que son droit de propriété soit proclamé et que, par conséquent, les droits qu'on croit exister sur la chose soient déclarés inexistants ⁽⁴⁰⁾.

Le droit de suite n'est pas de l'essence du droit réel, car il peut arriver que le droit de suite disparaisse, alors que le droit réel abstrait, incorporel subsiste. Il en est ainsi notamment des droits réels sur les meubles corporels, où le droit de suite s'évanouit par la perte de la possession.

D'ailleurs, le droit de suite est le plus souvent subordonné à l'accomplissement de certaines formalités légales : transcription, mutation en douane, etc... en l'absence desquelles il disparaît.

54. — Nous avons dit que le droit de préférence n'est pas de l'essence du droit réel, car il se retrouve à l'occasion de certains droits personnels. Il en est de même pour le droit de suite. Particulièrement ceux

(40) Chauveau, *op. cit.*, p. 559; Bonnecase, *op. cit.*, p. 205 et s. C'est ainsi que le propriétaire dont la chose a été vendue par un tiers ne peut pas demander la nullité de cette vente, il ne peut agir que par la voie de la revendication. Vovez Req., 15 janvier 1934, S. 1934, 1, 188; Wahl, note s. Trib. de l'Empire (Allemagne), 20 mars 1894, S. 1895, 4, 25. De ce qu'il n'y a pas un droit de suite véritable à l'encontre des détenteurs d'une chose, quand il s'agit d'un droit réel principal, il faut conclure que l'action en revendication n'est pas personnelle : il n'y a aucun lien entre le détenteur et le propriétaire. C'est donc à tort que l'on reconnaît l'existence de droits personnels immobiliers. — Voyez Chauveau précité.

qui considèrent le droit du preneur comme un droit personnel peuvent en trouver un exemple dans l'article 1743 C. civ. qui permet au preneur dont le bail a date certaine, de rester dans les lieux loués nonobstant la vente de l'immeuble ⁽⁴¹⁾. Le droit personnel nous offre encore des exemples importants de l'exercice du droit de suite : l'action paulienne, l'action en nullité des articles 446 et 447 C. com. montrent qu'on peut rechercher dans le patrimoine d'un tiers la valeur sortie de celui du débiteur ⁽⁴²⁾.

55. — Il reste donc un dernier critérium permettant d'établir la différence entre le droit réel et le droit personnel ; le rapport du titulaire avec la chose sur laquelle porte son droit. Nous avons signalé que la doctrine classique affirme l'existence d'un rapport direct entre le titulaire et la chose, en sorte que le droit n'aurait que deux éléments : un sujet actif et un objet.

La définition classique a été vivement critiquée par la doctrine moderne. Il est impossible, a-t-on dit, de concevoir un rapport de droit entre une personne et un objet. Un rapport de droit ne peut s'établir qu'entre des personnes. Dès lors qu'il y a sujet actif, il y a en face de lui un sujet passif. Dans le cas du droit réel le sujet passif serait indéterminé. L'humanité entière serait tenue de respecter le droit réel. Toute

(41) La nature du droit du preneur a été fort discutée en doctrine. Selon l'opinion moderne ce serait un droit personnel.

Voyez cependant *contre* l'opinion de Troplong citée par M. Chauveau précité, p. 569. M. Chauveau voit dans le bail ayant acquis date certaine un acte générateur d'un droit réel; le preneur a la possession et l'utilisation de la chose, il a sur elle un droit direct d'utilisation. Son droit doit être rapproché de l'emphytéose ou de l'usufruit. D'ailleurs dans l'ancien droit le bail à long terme était considéré comme un droit réel.

(42) Chauveau précité, p. 550; Rigaud précité, p. 267.

personne assume l'obligation de ne pas entraver l'exercice du droit ; elle est tenue d'une abstention ⁽⁴³⁾.

56. — Il faut bien remarquer que cette obligation d'abstention inscrite ainsi au passif de toute personne n'apporte aucune restriction de ses facultés légales et ne peut se traduire par une diminution de son patrimoine. Tout au contraire, dans les droits personnels, le sujet du droit est connu, et s'il est tenu d'une abstention, l'obligation vient restreindre ses facultés légales. D'autre part, la dette qu'il a assumée s'inscrit au passif de son patrimoine.

57. — Dès lors, on a proposé d'appeler les droits réels du nom de « droits absolus » à cause de leur opposabilité générale et de réserver aux droits personnels la qualification de « droits relatifs » ⁽⁴⁴⁾.

Mais cette définition qui explique le droit réel par le nombre illimité de sujets passifs qui le supportent a été à son tour vivement critiquée. On a voulu notamment lui prêter un caractère quelque peu absurde à cause du grand nombre de liens obligatoires qui se trouvent ainsi créés entre les hommes. Cette objection ne nous semble pas valable. Chacun de nous, en effet, est tenu d'un nombre incalculable d'obligations mises à son passif non seulement par les relations contractuelles mais par la loi. De plus, il suffit de se rappeler qu'à la condition de s'abstenir de troubler le droit réel des autres, on ne voit s'inscrire à son passif aucune restriction de ses facultés et aucune diminution de son patrimoine.

(43) Demogue précité; Roguin : La règle de Droit, p. 54, n° 26, à 77 et s.; Michas : Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle, *thèse Paris*, 1900, p. 68 et s.; Planiol : *Traité*, t. 1, p. 632.

(44) V. Roguin précité.

58. — D'autres objections peuvent cependant paraître plus fondées. En effet, on ne trouve pas toujours le sujet passif pour supporter le droit réel ; il en est notamment ainsi si l'on considère la propriété.

Nous avons montré, en effet, que le droit de suite et le droit de préférence du propriétaire n'étaient pas en réalité des liens obligatoires entre le propriétaire et d'autres personnes. Cependant, dire qu'il y a obligation d'abstention imposée à tous, c'est bien analyser le droit réel en droit personnel, car dès qu'une personne aura transgressé cette obligation, ce sont des liens personnels qui s'établiront entre le sujet actif et le sujet passif qui se détermine ainsi.

59. — Enfin, a-t-on ajouté, l'obligation pour tous de respecter les droits d'autrui ne s'applique pas qu'aux droits absolus, mais à tous les droits. Le respect du droit personnel s'impose comme celui du droit réel. L'action paulienne et généralement la réglementation dirigée contre les tiers qui traitent sciemment avec un débiteur qui contrevient à ses obligations, sont des applications de cette idée ⁽⁴⁵⁾.

60. — La notion de droit ne doit pas être analysée comme établissant seulement des rapports entre les hommes ; d'une façon générale, le « droit » est « la faculté reconnue à une personne par la loi et qui lui permet d'accomplir des actes déterminés ». Il n'est donc pas nécessaire d'imaginer en toute situation un sujet passif ⁽⁴⁶⁾.

Dès lors, le critérium basé sur l'universalité des rapports de droit disparaît.

(45) Chauveau précité.

(46) Planiol, *Traité élémentaire*, t. 1, p. 1.

61. — Faudra-t-il donc revenir au critérium de la doctrine traditionnelle qui voit dans le droit réel un droit où il n'y a pas de débiteur, tandis que le droit personnel supposerait dans tous les cas un débiteur tenu d'une obligation ? Ce système encore ne nous donnera pas satisfaction.

Si en effet l'absence de sujet passif caractérise le droit de propriété, il n'en est pas de même des autres droits réels. Si nous considérons un droit réel tel que l'usage, l'usufruit, l'habitation, un de ces droits que l'on désigne du nom de « démembrements » ou de « charges » de la propriété, nous constatons que ces droits s'inscrivent au passif du patrimoine du propriétaire ou nu-propriétaire. Il est impossible de dire que ces droits ne créent point de relations entre deux personnes : le sujet passif voit son patrimoine diminué au bénéfice du titulaire du droit. Cela est si vrai que ces droits réels ont presque toujours pour effet d'établir accessoirement des obligations personnelles entre le propriétaire et le titulaire du droit réel. Tantôt ces obligations sont des modalités de l'exercice du droit, comme celle de fournir caution qui est imposée à l'usufruitier ; tantôt elles sont des suites nécessaires du contrat constitutif du droit, par exemple l'obligation de délivrance et de garantie dans le contrat d'emphytéose, dans la vente, dans la constitution d'usufruit à titre onéreux, dans le contrat constitutif de servitude lorsque le propriétaire du fonds dominant est tenu à certains actes, etc. ⁽⁴⁷⁾.

62. — Il convient de retenir de cette explication qu'à l'exception du droit de propriété le droit réel pèse toujours sur un sujet passif déterminé.

(47) V. Chauveau précité, p. 549 et s.

63. — L'explication ne peut être trouvée que du côté *actif*, du côté positif de celui qui exerce son droit.

On constate alors que le droit réel est celui qui procure à son titulaire un pouvoir d'utilisation sur la chose, lui permettant d'en user par lui-même et d'en tirer des avantages, sans l'intervention d'un tiers. Son droit ne peut être exercé que par lui seul : peu importe qu'il n'y ait pas de sujet passif déterminé ou qu'au contraire une personne déterminée supporte le poids de ce droit sur son patrimoine⁽⁴⁸⁾.

On reconnaîtra donc le droit réel à ce qu'il tend à donner à son titulaire l'utilisation directe d'une chose en sorte qu'il puisse en tirer des avantages matériels⁽⁴⁹⁾. Il a le droit de faire entrer la chose totalement ou partiellement dans son patrimoine, et elle ne pourra en être enlevée sans cause juridique valable, non par un droit de préférence ou de suite, mais par l'application des principes généraux du droit, compte tenu des règles spéciales voulues par la loi pour la conservation du droit à l'égard des tiers.

64. — L'acte par lequel le droit est constitué comporte des obligations accessoires à la charge du constituant : celle de remettre la chose, celle de procurer au titulaire la possibilité des modes divers d'utilisation.

Le droit réel n'apparaît plus ainsi comme un rapport *entre* un homme et une chose, mais comme un rapport de droit particulier entre une ou plusieurs

(48) V. Chauveau précité, p. 566.

(49) Un créancier chirographaire n'est jamais titulaire d'un droit réel sur les biens de son débiteur, même s'il les a saisis. En effet son droit ne porte pas à proprement dire sur les biens, mais uniquement sur le produit de leur vente. En outre il n'a pas un droit exclusif, car d'autres créanciers peuvent se joindre à lui. Enfin l'objet de son droit n'est jamais déterminé, car il porte sur un patrimoine qui est une universalité.

personnes *à cause* de la chose, rapport né à l'occasion de la remise de la chose ou de son utilisation.

65. — Il faudra donc que la chose objet du droit soit connue ; mais il n'est plus nécessaire qu'elle existe ou qu'elle soit déterminée ; il suffit qu'elle soit déterminable pour engendrer le rapport particulier de droit. Le rapport personnel accessoire entre les contractants sera suffisant pour assurer la remise. Ce rapport personnel n'est évidemment formé que pour faciliter la remise de la chose ; il ne s'agit pas d'un simple droit personnel à la charge du débiteur, mais des modalités d'un droit réel existant déjà⁽⁵⁰⁾.

66. — Cette conception du droit réel est de nature à éclaircir les difficultés de notre matière ; en particulier elle supprimera la nécessité de l'existence de la chose dans le cas d'une vente de chose future ; en écartant le rapport direct entre l'acheteur et la chose livrée, elle permet de constater que la livraison de la chose n'est que l'exécution du droit réel antérieurement constitué.

Il en sera de même dans l'hypothèse des autres droits réels éventuels ; il suffira que le contrat ait en vue l'utilisation d'une chose au profit du bénéficiaire, pour que le droit, même imparfait, soit un droit réel.

67. — Toutefois, la définition que nous avons donnée semble rencontrer un obstacle : elle ne s'applique pas aux droits réels accessoires, privilèges et hypothèques. Or l'article 2114 C. civ. dit expressément que l'hypothèque est un droit réel. L'article 2094 assimile le privilège et l'hypothèque.

(50) V. Chauveau précité.

La doctrine admet en général le caractère réel de l'hypothèque, non cependant sans quelques réserves. L'opinion est plus divisée en ce qui concerne le privilège⁽⁵¹⁾.

La question se pose également au sujet du créancier gagiste, de celui qui exerce un droit de rétention.

Tous ces droits ne donnent pas une faculté d'utilisation de la chose ; ils garantissent une créance, et permettent uniquement au créancier de faire vendre la chose afin de se payer sur le prix. Les auteurs leur reconnaissent un caractère réel, car ils comportent le droit de préférence et le droit de suite⁽⁵²⁾.

Mais nous avons vu que le droit de préférence et le droit de suite ne sont pas des attributs du véritable droit réel. D'autre part, ces droits de garantie ne font que fortifier une créance ; même s'ils portent sur un immeuble, ils resteront toujours mobiliers ; ils accordent bien la faculté de faire vendre l'objet frappé d'un droit de gage, d'hypothèque ou de privilège, mais ce droit ne confère aucun pouvoir sur l'objet lui-même. Le droit est reporté uniquement sur le prix provenant de la vente ou de l'adjudication sur saisie.

68. — Aussi ferons-nous nôtre, sur ce point, l'opinion qui ne voit pas dans ces droits de véritables droits réels, mais des droits personnels fortifiés par certaines garanties de paiement, des sûretés réelles⁽⁵³⁾.

L'argument de texte n'est pas invincible : l'article 2114, § 1^{er}, qualifie bien l'hypothèque de droit réel,

(51) V. Planiol, t. 2, n° 2548 ; Colin et Capitant, t. 2, p. 788 et s. ; Poplawski : La notion de privilège en Droit romain et en Droit civil français, thèse, Bordeaux, 1913, p. 298 et s.

(52) A l'exception toutefois du droit de rétention et pour le droit de suite, de certains privilèges.

(53) Voyez pour l'exposé détaillé de cette théorie, Chauveau précité, p. 594.

mais il ne contient pas une règle impérative. C'est une définition que le législateur aurait pu négliger. Il suffirait d'entendre au lieu de « droit réel » le terme de « sûreté réelle ».

69. — Nous avons fixé ainsi en quelque mesure la physionomie de l'avant-contrat créateur de droits éventuels. Nous avons constaté que le droit éventuel est destiné à se transformer en droit pur et simple par l'adjonction des éléments encore absents du contrat. Nous avons vu que, jusqu'à ce moment, l'exécution du droit ne pouvait se concevoir ; mais que toutefois, dans l'hypothèse où le contrat envisage la création d'un droit réel, ce droit réel prenait date immédiatement, quoique ne pouvant transférer pour l'instant la possession ou la propriété de la chose. Au contraire, en matière de droits personnels le droit éventuel sera moins souvent opposable aux tiers. Il le sera cependant dans la mesure où les tiers agiront frauduleusement à l'égard du titulaire du droit.

70. — Le droit personnel ne permet pas généralement à son titulaire de prendre rang ; mais dans la mesure où cela est possible, cela doit lui être accordé. Il en serait ainsi par exemple pour une promesse de bail, dans le cas où l'on admettrait que ce dernier contrat est générateur de droit personnel. Remarquons toutefois que les droits personnels étant toujours mobiliers⁽⁵⁴⁾, les droits personnels pour lesquels la loi ne prévoit pas un régime de publicité spéciale à l'égard des tiers ne pourront jamais prendre date uti-

(54) Cette affirmation est contraire à l'interprétation généralement faite de l'art. 526 Civ. On reconnaît en effet des droits personnels immobiliers en raison de l'objet auquel ils s'appliquent dans l'hypothèse des actions en nullité, en rescision, en résolution, en revendication d'un immeuble. Mais en réalité il s'agit de l'exercice d'un droit réel. V. Chauveau précité, p. 547.

lement à l'égard de ces derniers, par l'application des règles spéciales sur la possession des meubles corporels ou par la nécessité de suivre les formes prévues par la loi.

Si nous prenons, par exemple, l'hypothèse d'une promesse de cession de créance, qui, en principe, est valable entre les parties, il y a là un droit personnel éventuel que rien n'empêcherait de prendre date dès maintenant à l'égard des tiers. Cela n'en sera pas moins impossible, du fait que la loi réglemente les formes dans lesquelles devra être accomplie la cession afin de la rendre opposable aux tiers. L'article 1690 C. civ. exige, en effet, la signification au débiteur pour l'opposabilité du contrat.

Mais le droit éventuel ayant une certaine existence, comme le droit conditionnel, il pourra prendre date si le débiteur éventuel est connu. En ce cas, si la signification a été effectuée, le droit prendra date immédiatement. Ainsi une compagnie d'assurances qui veut s'assurer contre la cession de créance faite par l'assuré malhonnête en fraude de ses droits, pourra signifier aux débiteurs éventuels la cession de créance future qui lui a été consentie par la police d'assurances. Le cas pourrait se présenter en pratique pour l'assurance incendie.

La Cour de Cassation a validé la cession de créance éventuelle : le cessionnaire d'un prix de licitation peut signifier valablement sa créance à certaines personnes susceptibles de devenir adjudicataires ⁽⁵⁵⁾.

(55) Cass., 26 mai 1886, S. 1886, 1, 256.

CHAPITRE III

DE QUELQUES DROITS PARTICULIERS A FORMATION SUCCESSIVE

71. — L'éventualité peut affecter une infinité de contrats, puisque nous avons admis que la plupart de ceux-ci sont aptes à se former successivement. Dans le cas où un droit éventuel réel est créé par l'avant-contrat, nous avons admis que ce droit réel frappait l'objet sur lequel il porte, dès sa naissance, en sorte que lorsque le contrat sera complété l'objet pourra être recherché dans le patrimoine d'un tiers à qui il aurait pu être cédé dans l'intervalle. Il y a là un phénomène analogue, sinon identique à celui désigné sous le nom de rétroactivité de la condition.

Mais avant de procéder à ce point de vue, à une comparaison entre l'éventualité et la condition, il convient d'examiner de plus près quelques catégories importantes de droits éventuels afin de tenter d'établir leur nature et leurs effets. Les auteurs ne sont guère d'accord quant à la plupart de ces droits. Ils refusent en général aux contrats éventuels la faculté de porter directement sur une chose ; pour eux, le droit éventuel ne crée de liens qu'entre les parties, et encore quelques-uns déniaient-ils au contrat imparfait toute force obligatoire.

La jurisprudence présente également en présence de ces questions un caractère contradictoire : certaines situations éventuelles reçoivent sa protection au

moyen du subterfuge de leur assimilation aux droits conditionnels tandis que d'autres, aussi intéressantes, se voient dénier tout caractère contractuel.

72. — L'obligation doit réunir, pour être complète, quatre éléments : l'objet, le consentement, la capacité et la cause. L'absence de chacun de ces éléments peut créer un droit éventuel. En outre des éléments spéciaux peuvent être nécessaires à certains contrats : la solennité est nécessaire au contrat d'hypothèque ; la remise d'une chose est nécessaire pour que le contrat réel se forme ; un contrat principal peut être requis pour que le contrat accessoire puisse produire effet, ainsi par exemple pour le contrat de mariage qui est subordonné à la solennité du mariage.

La liste de ces éléments spéciaux nécessaires à l'obligation a été dressée par M. Demogue ⁽¹⁾. Ici encore l'absence de l'élément spécial pourra engendrer un droit éventuel.

73. — Parmi ces nombreuses applications de l'éventualité nous étudierons quelques-unes d'entre elles qui ont l'avantage de rapprocher la situation des contractants éventuels de la situation des contractants conditionnels. Nous pourrons ainsi en même temps constater dans les faits les analogies et les différences des deux modalités et vérifier qu'il serait généralement utile d'appliquer à l'éventualité le bénéfice de la rétroactivité.

Dans les pages qui suivent nous parlerons en 5 Sections des droits éventuels par défaut d'objet, par défaut de consentements, des promesses d'actes solennels, des promesses de contrats réels, et enfin des

(1) *Traité des Obligations*, t. II, n° 468, p. 12.

contrats éventuels par l'absence d'un contrat principal, et plus particulièrement du contrat de mariage.

SECTION I

DES CONTRATS ÉVENTUELS PAR DÉFAUT D'OBJET

74. — Une obligation manquant à proprement dire d'objet est inconcevable. L'objet est la mesure de l'obligation et la volonté ne saurait s'engager sans savoir sur quoi elle porte. Aussi toute obligation valable a-t-elle nécessairement un objet. Toutefois cet objet peut être actuellement existant et déterminé, ou bien il peut ne pas exister encore et être simplement déterminable.

La règle générale en la matière est établie par l'article 1129 C. civ. : « Il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce... La quotité de la chose peut être incertaine pourvu qu'elle puisse être déterminée ». En application à notre cas de ce principe général, l'article 1130 poursuit : « Les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation ».

75. — Il n'y a donc à proprement dire éventualité que si la détermination ou l'existence de l'objet sont nécessaires pour que le contrat soit conclu. Deux ordres d'hypothèses devront donc être éliminées de notre sujet : Premièrement l'hypothèse où le débiteur engage son fait futur ; ici il y a contrat à terme, car l'exécution du fait est au pouvoir du débiteur et il est tenu à l'exécuter de par l'obligation. Et deuxièmement ne devront pas être considérés comme des contrats éventuels ceux où l'indétermination de l'objet

est le but même du contrat : les contrats aléatoires. Ici, en effet, les parties ne contractent pas en vue d'un objet déterminé, mais en vue de la chance de bénéfices que leur procure le contrat ; aussi le contrat est-il dès le début parfaitement formé, car c'est l'espérance qui est l'objet de l'obligation ⁽²⁾.

76. — L'éventualité apparaît quand l'existence de la chose future est rendue nécessaire soit pour faire naître l'obligation, soit pour en fixer la mesure. On peut citer comme exemple la vente de la moisson d'une terre ensemencée, ou la vente du croît d'un troupeau, quand les parties n'auront pas voulu traiter d'une façon aléatoire ⁽³⁾ ; ici il faudra attendre que l'objet naisse pour que la vente soit parfaite, et ensuite il faudra déterminer sa quantité. Tant que les objets vendus n'existent pas il n'y aura point de vente : l'obligation est tenue en suspens.

(2) Cette hypothèse où le contrat est définitif quoique l'objet ne soit pas déterminé, était connue par les Romains qui l'appelaient *emptio spei*. Ils donnaient comme exemple la vente du produit espéré d'un coup de filet. V. Pomponius, L. 8, § 1, D, De contrahenda emptione, et L. 12, De act. emp. et vend. « Aliquando tamen sine re emptio intelligitur: veluti cum quasi alea emitur; quod fit cum captus piscium vel avium, vel missilium emitur: emptis enim contrahitur, etiam si nihil inciderit: quia spei emptio est ». Il en serait de même de la cession des bénéfices à provenir d'une entreprise d'une société; v. Toullier, t. 6, n° 114; Delvincourt, t. 2, n° 465, notes; Duranton, t. 10, n° 300. Les Romains distinguaient cette vente de celle d'un corps certain futur, qui dépendait de la naissance de la chose, et qui était appelée *emptio rei speratae*.

(3) Selon certains auteurs quand les parties n'auront pas manifesté clairement leur intention de faire une vente aléatoire, on doit considérer la vente comme conditionnelle car c'est l'interprétation la plus favorable à l'acheteur. V. Aubry et Rau, t. 5, § 35, p. 43.

Mais cette opinion est erronée, il n'y a aucune raison de créer une présomption en faveur de l'acheteur; il faudra toujours rechercher l'intention des parties. En ce sens : Demogue : Tr. des Obligations, t. 2, n° 764, p. 573.

77. — Les auteurs expriment généralement cette idée en disant que la vente d'une chose future est conditionnelle⁽⁴⁾. Ainsi en cas de vente d'une chose future et incertaine, la formation du contrat serait subordonnée à la réalisation de la chose vendue, en sorte que la non-réalisation de cette chose rendrait le contrat nul pour défaut d'objet.

Mais cette opinion est inexacte: il ne peut être question de droit assorti d'une condition, car il n'y a point encore de droit formé. La condition est un événement incertain duquel les parties font dépendre l'obligation; or pour la cession de choses futures, nous trouvons une série de cas dans lesquels l'arrivée de la chose est certaine, comme pour la récolte d'une moisson ou le croît d'un troupeau; et une autre série de cas pour lesquels, si l'arrivée de la chose est moins certaine, l'obligation n'est pas suspendue par la volonté des parties mais contre la volonté des parties et par la force des événements; ainsi dans les cessions de droits futurs, on ne saurait parler d'événement conditionnel, car le fait futur consiste dans l'existence même de l'obligation. L'obligation est éventuelle et non conditionnelle.

Ce n'est pas à dire d'ailleurs que les effets de l'éventualité et de la condition ne soient pas analogues. Mais il est préférable de réserver l'appellation de condition aux modalités voulues par les parties.

78. — Quelles sont les choses futures susceptibles de donner naissance à un droit? Il n'y a pas en principe de limitation. Ce ne sont pas seulement les choses qui se renouvellent périodiquement et dont on peut

(4) Aubry et Rau, 5^e éd., t. 5, § 301, note 33, p. 43; Guillouard, t. 1, n° 166; B.-L. et Saignat, n° 97. Cf. Bordeaux, 10 nov. 1836, R. 471; Lyon, 18 mai 1854, D. P. 55, 2, 13.

escompter la venue, mais toutes choses susceptibles d'exister. Particulièrement les créances non encore existantes peuvent être l'objet d'une cession. C'est ainsi qu'on peut céder la créance à naître d'un contrat d'assurance non encore passé, d'un contrat de travail non encore conclu ⁽⁵⁾ ou les loyers futurs d'un immeuble ⁽⁶⁾ ou les actions à émettre par une société anonyme ⁽⁷⁾. De même peut-on cautionner et d'une façon générale garantir par nantissement ou par hypothèque une dette future ⁽⁸⁾.

Il existe toutefois une limitation légale particulière que nous avons déjà signalée : l'article 1130, § 2, C. civ., interdit toute stipulation relative à une succession non encore ouverte.

79. — Si en principe tout contrat sur une chose future est valable à la simple condition que la chose puisse exister, il faut cependant tenir compte d'une certaine tendance restrictive de la jurisprudence. D'après les arrêts une créance future ne peut être cédée ou engagée que si elle a un commencement d'existence, si un acte juridique (contrat, loi) est susceptible de lui servir de fondement ou, comme on l'a dit, de lui servir de germe. Jusque-là, disent-ils, il n'y a pas de débiteur ⁽⁹⁾. C'est ainsi qu'a été annulé un contrat de gage portant sur une part indivise de marchandises en cours de fabrication ⁽¹⁰⁾ ou le nantissement

(5) Req., 17 mars 1891, D. 1892, 1, 27; Cass. belge, 5 déc. 1907, Pas. 1908, 1, 59.

(6) La loi du 23 mars 1855 art. 2, prévoit expressément cette cession. V. Req., 27 janv. 1875, D. 1875, 1, 363.

(7) Civ., 22 déc. 1885, S. 1887, 1, 143; Lyon, 10 février 1886, S. 1887, 2, 179.

(8) Cass. 16 juin 1846, S. 1846, 1, 140. *Guillouard*: Cautionnement, n° 52.

(9) Paris, 31 janvier 1854, S. 1854, 2, 734.

(10) Rouen, 20 juin 1883, D. 1885, 159; Trib. comm. Marseille, 25 av. 1913, *Gaz. Pal.* 1914, 1, 91.

d'un fonds de commerce non encore constitué⁽¹¹⁾ ou l'engagement de recettes futures d'une société⁽¹²⁾ ou la cession des droits d'auteur sur une œuvre simplement projetée⁽¹³⁾.

Il y a là une jurisprudence véritablement prétorienne qui institue un système de protection soit du créancier soit du débiteur contre un excès de facilité à engager l'avenir.

Ces solutions ont été généralement critiquées par les auteurs⁽¹⁴⁾. Nous croyons cependant qu'elles doivent être maintenues. Dans la plupart de ces contrats l'objet apparaît comme insuffisamment déterminé, ou encore il s'agit de contrats aléatoires qui n'établissent pas un suffisant équilibre des chances.

La jurisprudence applique un principe plus critiquable quand elle affirme qu'un officier ministériel ne peut céder le prix de son office avant qu'il ait passé traité avec celui qu'il doit présenter à l'agrément du Gouvernement⁽¹⁵⁾. Il en est de même dans le cas où l'officier est contraint de démissionner ou est destitué, pour l'indemnité qui est arbitrée par la Chancellerie⁽¹⁶⁾.

Ici les arrêts affirment généralement que la fortune de l'officier ministériel doit être affectée en son entier au gage de ses créanciers. Mais outre que ce raisonnement est erroné, car c'est le cautionnement que

(11) Bourges, 29 avril 1901, S. 1902, 2, 275, note Demogue, *Rev. de Dr. civ.*, 1903, p. 176.

(12) Note Demogue, *Rev. de Dr. civ.*, 1904, p. 172.

(13) Paris, 31 janv. 1854 précité, toutefois la jurisprudence admet la cession des droits d'auteur dès que l'ouvrage a été l'objet d'un traité avec les éditeurs : V. 27 nov. 1854, S. 1856, 2, 47.

(14) V. Planiol : *Traité prat.*, t. 6, n° 223, p. 299; de Visscher : *La vente de choses futures et la théorie du risque contractuel*, 1914.

(15) Bastia, 26 oct. 1903, S. 1904, 2, 165; Paris, 11 janv. 1851, S. 1851, 2, 6.

(16) Cass., 8 déc. 1852, S. 53, 1, 106; Bordeaux, 21 juil. 1902, D. 1904, 1, 229.

l'officier ministériel a déposé lors de son entrée en fonction qui répond à cette fin spéciale, c'est manifestement ne pas tenir compte de l'article 1130.

Aussi doit-on admettre que les arrêts tiennent en fait peu compte de cet article et qu'ils présentent un caractère contradictoire. Très sévères envers toute opération par laquelle le débiteur essaie de frustrer la majorité de ses créanciers ou qui a une apparence spéculative ils admettent plus facilement que l'on puisse cautionner les dettes futures d'autrui ou constituer sûreté pour des créances futures. Il y a une différence de fait entre des situations incertaines destinées à se prolonger et des situations qui sont presque pures et simples, et la jurisprudence en tient compte.

80. — C'est pourquoi l'hypothèque constituée pour une créance future ne donne lieu à aucune difficulté.

Tous les auteurs et l'unanimité de la jurisprudence admettent qu'on puisse constituer hypothèque pour garantir une ouverture de crédit⁽¹⁷⁾. Il est également admis qu'une société puisse constituer une hypothèque sur ses propres biens pour garantir une émission d'obligations⁽¹⁸⁾. En ce qui concerne le cautionnement pour dettes futures la solution n'est pas moins certaine⁽¹⁹⁾.

81. — Certains contrats dépendant d'un objet futur présentent des caractères particuliers et doivent être

(17) V. Aubry et Rau, t. 3, p. 476; Baudry et de Loynes : Hypothèques, II, n° 1280.

(18) V. Demogue : Des Droits éventuels, *Rev. de Dr. civ.*, 1905; Cass., 20 oct. 1897, S. 97, 1, 489.

(19) Planiol, t. II, n° 2328; Baudry et Wahl : Cautionnement, p. 465 ; *ca Pont*, t. 2, n° 28, qui déclare que le cautionnement est révocable jusqu'à ce que la créance principale existe. Mais cette opinion est aujourd'hui abandonnée. — V. Cass., 10 juin 1870, S. 1870, 1, 157.

étudiées séparément ; ce sont les ventes subordonnées à certaines opérations (§ 1^{er}) les droits sur la chose d'autrui (§ 2) et les contrats portant sur une variété particulière de meubles : les meubles par anticipation (§ 3).

§ 1^{er}. — *Ventes subordonnées à certaines opérations.*

82. — Les auteurs et la jurisprudence voient le plus souvent des ventes conditionnelles dans de nombreuses hypothèses où la vente n'est pas définitivement conclue et se trouve dépendre soit de la détermination de l'objet soit de son acceptation par l'acheteur : vente à l'essai, vente *ad gustum*, vente au poids, au compte ou à la mesure, vente moyennant un prix à fixer par experts.

Ces hypothèses où la vente se forme successivement correspondent à la nécessité de laisser l'acheteur se rendre compte à loisir de la valeur de la chose achetée. Il n'est pas toujours possible de connaître les qualités d'une chose au premier coup d'œil ; c'est pourquoi il importe de ménager à l'acheteur la possibilité de réfléchir et de délibérer, et de ne donner son consentement qu'en pleine connaissance de cause.

83. — A. — *Vente à l'essai.* — Il est entendu expressément ou implicitement que l'acheteur se réserve la faculté d'essayer la chose afin de vérifier si elle lui convient et si elle lui rendra les services qu'il en attend. En principe, il est seul juge de l'essai ; toutefois les parties pourraient s'en remettre à un tiers du soin de juger si la chose est apte à la vente dans les conditions prévues.

L'article 1588 C. civ. décide que « la vente faite à l'essai est toujours présumée faite sous une condition

suspensive », la condition consistant dans l'agrément de l'acheteur. Il faut noter que ce texte n'est pas tout à fait conforme à la notion que nous nous sommes formée de la condition; en effet ce n'est pas un élément accidentel du contrat qui se trouve ainsi être futur et incertain; c'est le consentement même de l'acheteur. Celui-ci n'assume qu'une seule obligation: celle de procéder à l'essai, mais ce n'est là qu'un avant-contrat. En d'autres termes, il n'y a point contrat parce que le contrat est affecté d'une condition potestative pure. L'article 1179 C. civ. annule en effet l'obligation purement potestative de la part du débiteur.

Il est vrai que l'obligation sous condition potestative n'est nulle que de la part du débiteur, et que dans un contrat synallagmatique l'acheteur est en même temps créancier et débiteur. Aussi certains auteurs admettent-ils que seule l'obligation isolée faite sous une condition purement potestative est annulable: la condition « si je veux » adjointe à un contrat serait simplement potestative. Car ici il ne s'agirait plus d'une volonté discrétionnaire du débiteur; le contrat offrirait le choix entre des dispositions favorables et d'autres moins favorables, de sorte que l'option ne serait pas destructive du consentement⁽²⁰⁾. Mais ce n'est pas un contrat conditionnel. En effet, comment admettre que l'acheteur s'est engagé alors qu'il peut annuler le contrat par sa pure volonté? Contrairement au texte nous ne croyons pas qu'il y ait en l'espèce de véritable engagement conditionnel. Il n'y a pas de lien obligatoire avant l'acceptation de l'acheteur. Le texte de l'article 1588 n'a pas une valeur absolue⁽²¹⁾; la pré-

(20) V. Demogue: Des Droits éventuels, *Rev. de Dr. civ.*, 1905.

(21) Voyez Lyon-Caen et Renault: *Traité de Dr. commercial*, t. 3, n^{os} 130 et s.

somption qu'il émet est instaurée pour faire produire au contrat certains effets, notamment pour faire remonter le droit de l'acheteur sur la chose au jour où le contrat a été passé. En sorte que si l'essai a été satisfaisant, l'acheteur pourra opposer son droit de propriété aux créanciers du vendeur qui auraient fait saisir la chose avant l'essai ⁽²²⁾ ou la revendiquer dans la faillite du vendeur s'il y a lieu ⁽²³⁾. Du point de vue des risques à supporter si la chose périt avant l'agréage, il faudra décider qu'ils incombent au vendeur, conformément à l'article 1182 du Code civil et en application de la règle « *res perit domino* » ⁽²⁴⁾.

84. — B. — Vente subordonnée à la dégustation de l'acheteur. — Quand la vente est soumise à la dégustation de l'acheteur, il semble que la situation doive être la même qu'en cas de vente à l'essai. En effet, goûter c'est essayer ; il n'y a pas de différence rationnelle entre les deux opérations.

Cependant la loi donne en cette matière une solution opposée à celle qu'elle donne en matière de vente à l'essai. L'article 1587 déclare en effet que tant que l'acheteur n'a pas goûté il n'y a pas vente lorsqu'il s'agit de choses que l'on est dans l'habitude de goûter.

Comment expliquer cette divergence entre les articles 1587 et 1588 ? Les auteurs admettent bien qu'il n'y ait point de vente ⁽²⁵⁾ mais n'en donnent pas l'explication. On dit, il est vrai, que la condition est purement potestative de la part de l'acheteur ; mais il en

(22) B.-L. et Saignat : Vente, 167.

(23) B.-L. et Saignat précité ; Colin et Capitant, II, p. 431.

(24) V. Trib. Saint-Brieuc, 15 oct. 1926, D. H. 1927, 80.

(25) Aubry et Rau, 5^e éd., t. 5, § 349, p. 9-11 ; Colmet de Santerre, t. 7, n^{os} 8 et s., p. 14-15 ; Huc, t. 6, n^o 20, p. 36 ; B.-L. et Saignat, n^{os} 154-156, p. 133 ; Planiol : Tr., 10 éd., t. 2, n^{os} 1361-1362, p. 486 ; Colin et Capitant : Cours élém., 7^e éd., t. 2, p. 430.

Voyez Nîmes, 18 février 1917, D. P. 1919, 2, 45.

est de même en cas de vente à l'essai. Aussi a-t-on proposé quelquefois d'assimiler la vente *ad gustum* à la vente sous condition ⁽²⁶⁾. La question a son importance car en partant du point de vue qu'il n'y a pas de vente il faudrait décider avec la majorité des auteurs que l'acheteur ne pourrait pas revendiquer en cas de saisie ou de faillite du vendeur, car la propriété ne se transmettrait pas rétroactivement.

Pour nous il y a là, ainsi que dans la vente à l'essai, vente éventuelle qui permettrait dans tous les cas à l'acheteur d'avoir un droit réel et par conséquent de se faire délivrer la chose sauf les règles spéciales sur la possession. Comme dans toutes les ventes éventuelles, la remise de la chose ne serait qu'une simple modalité d'exécution.

D'ailleurs, les effets nuisibles de l'article 1587 sont assez sensibles, en sorte que la jurisprudence refuse d'appliquer ses dispositions dès qu'on ne se trouve pas en présence de la vente d'une chose qu'il est absolument dans l'usage de goûter. Elle préfère appliquer la réglementation des contrats conditionnels ⁽²⁷⁾.

85. — C. — Vente au poids, au compte et à la mesure. — Le pesage, le comptage ou le mesurage sont des éléments essentiels à la validité de la vente, car ils servent à déterminer le prix et l'objet ⁽²⁸⁾.

L'article 1585 dit qu'avant que ces opérations aient été effectuées, la vente n'est point parfaite. Il ajoute que les risques demeurent à la charge du vendeur, mais que l'acheteur peut d'ores et déjà demander la délivrance.

(26) Lyon-Caen et Renault : Tr. de Dr. comm., t. 3, n° 138, p. 131.

(27) Req., 22 oct. 1923, D. P. 1924, 1, 77.

(28) Guillouard : Vente, I, 30; B.-L. et Saignat, n° 150; Aubry et Rau, t. 5, p. 21, note 41.

Du fait que jusqu'à l'individualisation de la chose vendue la vente manque d'un élément essentiel, l'objet, il faut conclure qu'elle est éventuelle. Aussi la jurisprudence lui refuse-t-elle le caractère conditionnel. Il a été jugé que si le vendeur tombe en faillite avant le comptage ou le mesurage, la marchandise faisait partie de l'actif de la faillite et ne pouvait être réclamée par l'acheteur ⁽²⁹⁾ et que la vente ne pouvait être opposée au créancier saisissant si le pesage n'en avait pas encore été fait ⁽³⁰⁾.

86. — D. — Vente en bloc. — Il importe de distinguer soigneusement les hypothèses précédentes où la vente n'a lieu qu'au fur et à mesure de l'identification de la chose ou seulement lorsqu'elle a été acceptée par l'acheteur de la vente où le prix est fixé une fois pour toutes pour des choses identifiées mais non encore déterminées dans leur quantité. Dans ce dernier cas, il y a vente en bloc qui est pure et simple. Elle constitue un contrat aléatoire, qui rend l'acheteur immédiatement propriétaire et met la chose à ses risques.

En effet, le transfert de propriété n'est plus subordonné à une modalité et peut avoir lieu immédiatement ⁽³¹⁾. Ce n'est, par conséquent, pas la vente d'un objet futur, ni une vente conditionnelle.

§ 2. — Droits sur la chose d'autrui.

87. — Il arrive assez fréquemment en pratique qu'à la suite d'une confusion de pouvoirs et de droits une personne vende ou hypothèque la chose d'autrui. Il peut arriver également que les parties traitent tout en

(29) Civ., 1^{er} juillet 1874, D. P. 1876, 1, 473.

(30) Civ., 7 janvier 1880, D. P. 80, 1, 129; Montpellier, 29 juin 1927, D. H. 1927, 472.

(31) V. Req., 17 mars 1925, D. P. 1927, 1, 29.

sachant que le vendeur ou le constituant n'est pas propriétaire, mais pour le cas où il le deviendra. Quel est dans une telle situation le droit de l'acheteur ou du futur créancier hypothécaire ? N'a-t-il pas un droit qui est affecté d'une condition, celle de l'acquisition de la chose par le promettant ?

Il est évident qu'il ne devient pas propriétaire ou créancier ayant une hypothèque actuelle sur l'immeuble ; il est de toute évidence que le véritable propriétaire ne peut être dépouillé par un contrat qui lui est totalement étranger⁽³²⁾. Aussi ne parlerons-nous ici que des relations qui s'établissent entre les parties. A ce point de vue, il faut distinguer entre la vente et l'hypothèque de la chose d'autrui.

88. — A. — Vente de la chose d'autrui. — Aux termes de l'article 1599 « la vente de la chose d'autrui est nulle ». Il est difficile de trouver l'explication de ce principe.

Rien n'empêche en effet le vendeur de la chose d'autrui de se procurer la chose ; nous admettons par hypothèse que la chose vendue aurait pu être aliénée par le véritable propriétaire ; dans ce cas, elle est dans le commerce et le contrat doit valoir comme obligeant le promettant à se procurer la chose et à la transmettre à l'acheteur.

On ne peut dire que l'objet de l'obligation est impossible, car il est possible au promettant de traiter avec le véritable propriétaire ; d'ailleurs si l'objet

(32) Notons toutefois que le droit du véritable propriétaire peut être mis en échec par certains principes généraux du droit : 1° Si la vente a porté sur un meuble corporel qui n'a été ni perdu, ni volé, elle est valable en vertu de la règle « en fait de meubles... » ; 2° Si l'aliénation a été consentie par un propriétaire apparent, spécialement par un héritier apparent, l'opération est opposable au véritable propriétaire ; 3° L'acheteur de bonne foi pourra se réclamer de l'usucapion après un délai de dix à vingt ans.

était impossible il y aurait nullité absolue ou plutôt inexistence de l'obligation : or la doctrine et la jurisprudence admettent que la nullité est relative et ne peut être invoquée par le promettant⁽³³⁾.

On a quelquefois soutenu que l'obligation de l'acheteur était sans cause⁽³⁴⁾ ; mais ici il y a une cause qui consiste, comme dans tout contrat synallagmatique, dans l'engagement de l'autre partie. Et il faudrait admettre encore que la nullité est radicale.

D'autres explications ont été proposées : on a voulu ramener l'inefficacité de la vente de la chose d'autrui à une simple application de la résolution de l'article 1184 C. civ. ; le vendeur ayant manqué à l'obligation qui lui incombe de rendre l'acheteur propriétaire, celui-ci pourrait demander la résolution. Mais le texte ne parle pas de résolution, mais de nullité ; et on fait produire à l'opération certains effets, notamment la possibilité d'usucaper par dix à vingt ans, qui sont incompatibles avec la notion d'un titre résolu.

On justifie généralement la nullité de la vente de la chose d'autrui en disant qu'elle est postulée par l'effet translatif des contrats. Le Code civil a aménagé la vente en mode de transfert de la propriété (art. 1138 et 1583) ; l'acheteur doit devenir immédiatement propriétaire. Si le vendeur est un *non dominus*, ce but ne peut plus être atteint et l'opération doit tomber.

Mais on oublie que l'effet translatif des contrats, et notamment de la vente, n'intéresse pas l'ordre public ; que, par conséquent, chaque fois que les contractants sauront à quoi s'en tenir, que la qualité de *non dominus* du vendeur sera connue par l'acheteur, il n'y aura pas nullité.

(33) Aubry et Rau, t. IV, p. 100 ; Cass. req., 15 janvier 1934, S. 1934, 1, 188.

(34) Capitant : De la cause des obligations, n° 95.

Il faut admettre par applicaiton de ce dernier principe que la vente de la chose d'autrui ne sera pas nulle quand elle portera sur des choses de genre, car elle ne sera translatrice de propriété que le jour où les choses seront identifiées. Dès lors, le vendeur est libre de se les procurer où il l'entend. C'est ainsi qu'on vend journellement du blé, des titres de bourse, etc., sans en avoir la possession ⁽³⁵⁾.

A plus forte raison, faut-il admettre qu'une personne puisse s'engager à acquérir la propriété d'autrui pour la lui transmettre, ou à rapporter la signature du propriétaire actuel.

Dès lors on ne peut accepter que l'acheteur de la chose d'autrui demande la nullité que s'il s'est trompé, s'il y a erreur sur l'opération qu'il a cru faire.

Sur quoi portera cette erreur ? On a voulu faire intervenir l'erreur sur la substance de la chose ; mais il est difficile de considérer la qualité de propriétaire d'une chose comme s'intégrant dans l'objet du contrat au point d'en constituer une qualité substantielle.

Il ne reste plus que l'hypothèse de l'erreur sur la personne ou plutôt, sur les qualités de la personne : l'acheteur qui désire acquérir immédiatement la propriété considérerait la qualité de propriétaire comme indispensable chez son vendeur. La qualité de propriétaire serait la cause principale de la convention, aux termes de l'article 1110 C. civ.

Cette opinion est aussi critiquable que les autres ; ainsi que le remarque M. Demogue ⁽³⁶⁾, si cette explication était admise, il faudrait permettre de demander la nullité pour erreur sur les qualités de la per-

(35) Toutefois un arrêt a admis que l'acheteur de choses à livrer pouvait demander la nullité lorsqu'il s'agissait de corps certains dont il croyait devenir immédiatement propriétaire. — Voyez Civ., 31 octobre 1928, S. 1929, 1, 86.

(36) Des droits éventuels, *Rev. trim. de Dr. civ.*, 1905.

sonne à celui qui aurait traité avec un incapable en le croyant capable ou à celui qui traiterait avec un insolvable en le croyant solvable ; car la qualité de majeur ou de solvable ferait partie au même titre que la qualité de propriétaire des attributs de la personnalité.

En réalité, il ne faut appliquer l'article 1110 qu'aux qualités inséparables de la personne, et non aux qualités extrinsèques que l'on pourrait avoir, à sa fortune ou à ses droits, etc. ⁽³⁷⁾.

Il n'y a par conséquent aucune explication valable de la règle de l'article 1599. On ne peut la considérer que comme le résultat d'une erreur ⁽³⁸⁾.

La chose d'autrui peut faire l'objet d'un contrat. Aucun principe ne s'y oppose. Elle peut être vendue, louée, prêtée, etc. Si le stipulant connaît la situation de *non dominus* du promettant, le contrat sera créateur d'obligation pour le jour où celui-ci sera devenu propriétaire. Si le promettant ne tient pas sa promesse, il sera tenu de verser des dommages-intérêts.

Enfin, si le stipulant n'a pas connu la véritable situation, la convention doit s'interpréter comme emportant obligation pour le promettant de constituer la propriété tout de suite, si aucun terme n'est stipulé, et comme cela ne sera pas possible, le stipulant pourra demander la résolution du contrat et une indemnité.

L'article 1599 est uniquement pour reprendre l'expression de M. Demogue, le résultat d'un mirage. Quoi qu'il en soit, la jurisprudence est nettement orientée vers l'application d'une nullité relative ⁽³⁹⁾ mais sans déclarer nettement sur quel vice elle fonde cette nullité.

(37) Demogue: Des droits éventuels, *Rev. trim. Dr. civ.*, 1905.

(38) Demogue précité.

(39) V. Cass. req., 15 janvier 1934, S. 1934, 1, 188; Nîmes, 16 mai 1927, D. P. 1929, 2, 68.

Il semble que les arrêts cadrent avec l'explication de la nullité par erreur de l'acheteur ⁽⁴⁰⁾. Notamment la Cour de Cassation est fixée en ce sens que la vente de l'immeuble indivis par l'un des indivisaires est valable en tant que vente d'une part indivise, mais nulle pour le surplus ⁽⁴¹⁾.

89. — B. — Hypothèque de la chose d'autrui. — Nous trouvons ici une solution différente de celle donnée généralement en matière de vente d'une *res aliena*: l'hypothèque de la chose d'autrui est nulle d'une nullité absolue.

La règle est traditionnelle et ne se trouve fondée sur aucun texte. On considère généralement qu'elle se trouve consacrée implicitement par les articles 2129 qui suppose que les immeubles hypothéqués appartiennent au débiteur, et 2124 qui exige de sa part la capacité d'aliéner.

En conséquence de cette nullité absolue l'hypothèque de la chose d'autrui accuserait les caractères suivants : 1° La nullité serait définitive et irrémédiable quand bien même le constituant acquerrait par la suite l'immeuble hypothéqué ⁽⁴²⁾, ou alors même que le

(40) V. Cass. req., 15 janvier 1934 précité; Lyon, 18 novembre 1929, D. H., somme, 1930, 44.

(41) Cass. civ., 20 juillet 1925, S. 1926, 1, 221; Cass., 22 nov. 1926, S. 1927, 1, 169. *Contra* Juriprudence de quelques Cours d'appel et tribunaux: Cour Douai, 18 octobre 1932, S. 1933, 2, 72; Trib. Marseille, 28 octobre 1930, *Rec. Gaz. Pal.*, 1930, 2, 989.

Il faut noter que le Code civil allemand n'annule pas les actes relatifs au fait ou à la chose d'autrui; ils sont considérés comme faits sous une condition tacite.

(42) Il a été jugé que « l'existence dans la personne de celui qui constitue hypothèque, d'un droit actuel de propriété sur l'immeuble, au moment même où il est grevé d'affectation hypothécaire, est la condition même de la possibilité légale de cette affectation ».

V. Civ., 24 mai 1892, D. P. 1892, 1, 327; V. Montpellier, 10 février 1896, D. P. 97, 2, 269.

Le Code n'en admet pas moins la constitution d'hypothèque du

propriétaire donnerait par la suite son approbation à la constitution d'hypothèque⁽⁴³⁾. 2° La nullité devrait être maintenue même dans le cas où l'hypothèque aurait été expressément constituée pour les éventualités que nous venons d'énumérer.

Il est évident que les contractants ne peuvent grever l'immeuble d'autrui d'un droit, mais ceci dit, cette nullité absolue apparaît comme une protection du constituant de mauvaise foi, qui sera dégagé de toute obligation de constituer hypothèque dans l'avenir.

Les arguments tirés du texte des articles 2129 et 2124 ne sont pas sans réplique⁽⁴⁴⁾, aussi certains auteurs tendent-ils à admettre une nullité relative⁽⁴⁵⁾.

Nous pouvons, en effet, reprendre ici tous les arguments dont nous nous sommes servi pour la vente de la chose d'autrui : L'objet n'est pas hors du commerce ; il n'est pas impossible ; le contrat n'est pas dépourvu de cause, et il n'y a ni erreur substantielle sur la chose, ni erreur déterminante sur la personne.

Remarquons que la règle traditionnelle n'est pas, comme on l'a dit quelquefois, une suite nécessaire du régime hypothécaire, lequel intéresserait la propriété et à ce titre mériterait une protection particulière ; elle n'est pas, en effet, sans quelques dérogations.

Il arrive que l'on constitue une hypothèque valable sans pour cela disposer, lors de sa constitution, d'un droit réel sur l'immeuble ; notamment un propriétaire

propriétaire conditionnel ou du possesseur de droits litigieux sur l'immeuble.

(43) Toutefois un *non dominus* peut constituer hypothèque en se portant fort de rapporter la ratification du propriétaire. Mais la ratification n'a point d'effet rétroactif même si l'inscription a été prise avant la ratification.

V. Civ., 13 décembre 1875, D. P. 1876, 1, 97.

(44) Voyez la discussion faite par M. Demogue : Les droits éventuels, précité.

(45) Huc, t. XIII, n° 202, et t. X, n° 64 ; Demante et Colmet de Santerre, t. IX, n° 96 *bis* ; Guillouard, Hypothèques, t. II, n° 938.

sous condition suspensive ou résolutoire est autorisé à constituer hypothèque (art. 2125) : on peut également hypothéquer un immeuble litigieux, même si on n'en a pas la possession. Dans ce cas, la validité de l'hypothèque est subordonnée aux résultats du litige.

Cette dernière situation au moins contient un cas de droit éventuel. Le propriétaire sous condition suspensive hypothèque également la chose d'autrui, car on admet généralement qu'il n'a pas la propriété du bien, *pendente conditione*. Il n'est pas possible de justifier la nullité absolue en arguant de règles d'intérêt public qui s'imposeraient en cette matière, ou encore de la nécessité pour le constituant d'avoir un droit de propriété actuel.

La conclusion s'impose : la chose d'autrui peut être hypothéquée ; rien n'empêche une personne de consentir une hypothèque sur un bien qu'elle espère acquérir ⁽⁴⁶⁾.

90. — La validité des opérations sur la chose d'autrui étant admise, il y a lieu de rechercher si le droit du stipulant est personnel ou réel. Le créancier d'objets à livrer ou d'une hypothèque sur la chose d'autrui possède-t-il seulement un droit personnel qui le fera venir en concurrence avec d'autres créanciers à qui la chose ou l'hypothèque aurait été promise, ou bien aura-t-il un droit réel qui lui permettra, dès que son droit est complet, de prendre possession de la chose ou de voir l'hypothèque consolidée ? Remarquons que la question a peu d'importance dans l'hy-

(46) La jurisprudence admet la constitution d'hypothèque sur le bien d'autrui si le constituant s'engage à rapporter la signature du propriétaire ; dans ce cas il y a convention de porte fort et la ratification du propriétaire validera la constitution d'hypothèque. — V. Cass., 13 déc. 1875 précité. En fait cette opération aboutit à l'obligation pour le constituant de ratifier l'hypothèque s'il devient propriétaire de l'immeuble.

pothèse de la vente à livrer ; ici, en effet, si le vendeur de mauvaise foi veut favoriser un second acheteur, il lui suffira de le mettre en possession ; dès lors celui-ci ne pourra être troublé dans sa possession, par l'application de la règle « en fait de meubles... » ⁽⁴⁷⁾ mais si le vendeur est mis en état de faillite il faudra décider que la vente pourra être opposée aux créanciers de la faillite.

91. — La question est plus importante s'il s'agit de l'hypothèque de la chose d'autrui. Il est certain que les créanciers du constituant se verront primés par tous les créanciers hypothécaires du véritable propriétaire ; ils n'ont pas de droit actuel sur la chose, leur droit est simplement éventuel, c'est-à-dire susceptible d'être opposé aux tiers, seulement s'il s'est transformé en droit pur et simple. Mais supposons que le bien hypothéqué entre dans le patrimoine du constituant, et qu'il existe ce jour-là plusieurs créanciers dont chacun aura reçu une promesse d'hypothèque sur le bien. Si nous considérons que le droit engendré par la promesse est personnel, ils devront venir sur celui-ci en concurrence ; si, par contre, ce droit est considéré comme réel, ce sera le créancier premier en date qui primera les autres.

92. — Il faut ici appliquer le principe que nous avons énoncé en matière de droits réels et de sûretés réelles : Le droit tendant à donner une faculté d'utilisation de la chose ou de garantie sur la chose peut exister à l'état éventuel ; le jour où il sera complet la chose passera *ipso facto* dans le patrimoine du possesseur du droit réel, la sûreté réelle sera consolidée.

(47) Sauf le cas où il y aurait eu collusion frauduleuse entre le vendeur et le second acheteur.

Le droit de prendre hypothèque sur la chose d'autrui se concrétisera dans la faculté pour le créancier de prendre immédiatement à inscription sur l'immeuble en faveur de son hypothèque éventuelle ; et le jour où le constituant aura rempli son obligation d'acquérir la propriété, les conflits entre ses créanciers seront réglés, par l'application des règles ordinaires, en faveur du premier inscrit ⁽⁴⁸⁾.

§ 3. — *Les meubles par anticipation.*

93. — Aux termes de l'article 516 C. civ. : « Tous les biens sont meubles ou immeubles ». En présence d'une disposition aussi impérative il peut sembler surprenant de rencontrer une catégorie particulière de biens qui sont traités comme meubles à certains égards, comme immeubles à d'autres.

Le Code civil dit encore dans l'article 518 : « Les fonds de terre et les bâtiments sont immeubles par nature ». On a souvent constaté que cette définition était peu satisfaisante du point de vue théorique. On a fait remarquer depuis longtemps que seuls sont immeubles par nature les fonds de terre. Ce sont les seuls biens qui ne se peuvent enlever. Tous les autres biens ne sont immeubles que parce qu'ils tiennent au sol et peuvent en être séparés par la volonté de leur propriétaire. Ce sont, dans le sens large du mot, des immeubles par accessoire. C'est d'ailleurs la raison

(48) Les choses se passent de la même manière dans l'hypothèse où les biens d'une personne se trouvent frappés de plusieurs hypothèques générales : ces hypothèques frappent l'immeuble qui entre dans le patrimoine du débiteur le même jour, mais elles n'en seront pas moins réglées conformément à l'ordre d'inscription des créanciers.

pour laquelle le sol est toujours considéré comme la chose principale.

94. — Puisque tout immeuble par accessoire ne tient au sol que tant que son propriétaire le veut, celui-ci peut, par un acte de sa volonté, en changer la condition juridique. Par une opération matérielle, la séparation du bien et du sol, le propriétaire peut transformer l'immeuble en meuble. Ce n'est pas là le problème que nous envisageons. Mais cette mobilisation est très souvent la conséquence d'une volonté qui s'est manifestée antérieurement. Le propriétaire destine son immeuble à une transformation prochaine par un acte juridique : l'objet conserve son attaché au sol, sa nature extérieure d'immeuble, mais cette nature est destinée à se modifier prochainement, elle n'est plus que temporaire. Rien n'empêche par conséquent de le considérer par avance comme un meuble dès avant toute transformation, et de le qualifier de « meuble futur » ou de « meuble éventuel ».

Cette mobilisation anticipée soulève des intérêts pratiques très nombreux. C'est ainsi que l'on considère comme meubles éventuels les bâtiments destinés à être démolis, les matières minérales qui font l'objet d'un contrat d'extraction, les arbres, fruits et récoltes destinés à être prochainement coupés, etc.

95. — La distinction des biens en meubles et en immeubles constitue l'un des fondements du système de la propriété. C'est grâce à cette distinction qu'est rendu possible le crédit réel, qui présente en général pour le créancier des garanties de sécurité et de stabilité. La transformation des immeubles en meubles est donc susceptible d'infliger aux tiers des préjudices certains. Cela est possible non seulement à l'égard des droits

préétablis des tiers sur l'immeuble, mais aussi à l'égard de ceux qui croiront, en traitant avec le propriétaire, connaître suffisamment, d'après les seules apparences extérieures, la nature des biens sur lesquels ils sont susceptibles d'acquérir des droits. Admettre que par une simple manifestation subjective de volonté on puisse modifier la condition juridique des biens, c'est détruire en fait la sécurité attachée à la division des biens en meubles et immeubles et particulièrement le critérium si satisfaisant de la nature des biens dépendant de leur attache au sol. La mobilisation anticipée appelle par conséquent, quand il s'agit de tiers, de sérieuses réserves.

96. — Il n'en est plus de même lorsque l'opération est restreinte aux parties en cause. La volonté des parties étant souveraine dans les conventions, rien ne s'oppose à ce qu'elles puissent traiter sur immeuble en considérant le moment où il deviendra meuble, et de préciser les conditions de sa mobilisation. Aussi est-il juste de considérer dans ces conditions que la nature juridique des biens est « déterminée par l'intention des parties contractantes »⁽⁴⁹⁾. Il est admis par une doctrine et une jurisprudence constantes que la vente d'arbres sur pied destinés à être coupés par l'acquéreur constitue une vente de meubles par anticipation et par conséquent mobilière⁽⁵⁰⁾.

97. — L'acquéreur d'un meuble par anticipation a, évidemment, un droit mobilier ; la difficulté provient

(49) Cass. req., 14 février 1899, S. 1900, 1, 398.

(50) Req., 12 juillet 1922, D. P. 1923, 1, 61; Civ., 17 décembre 1923, D. P. 1924, 1, 14 ; Planiol et Ripert, t. 13, n^{os} 901 et s.; Picard : Les Biens, n^{os} 102 et s.

du fait que la chose vendue peut se trouver frappée simultanément d'un droit mobilier et d'un droit immobilier ; c'est là un conflit qui n'a pas été prévu par la loi ; aussi convient-il d'essayer de définir la situation de l'acheteur des meubles par anticipation à l'égard des droits :

- 1° du créancier hypothécaire inscrit sur l'immeuble ;
- 2° de l'acquéreur du fonds immobilier, et
- 3° des acquéreurs postérieurs en date des meubles par anticipation.

98. — Nous avons signalé que la garantie accordée du créancier hypothécaire n'était pas susceptible de donner à son titulaire un véritable droit sur la chose, que ce n'était pas un véritable droit réel mais la consolidation d'une créance par l'octroi d'une sûreté réelle emportant droit de suite et droit de préférence⁽⁵¹⁾. Pour cette raison le créancier hypothécaire ne peut s'opposer qu'aux aliénations de meubles futurs qui emporteraient une diminution de son gage. Le conflit entre le créancier hypothécaire et l'acquéreur des meubles par anticipation s'est posé récemment devant la Cour de Cassation ; il a été décidé que le créancier inscrit sur le bien ne pouvait se voir opposer la vente des meubles lorsque cette vente est abusive⁽⁵²⁾. Le créancier ne sera donc pas fondé à se plaindre lorsque la vente ne dépasse pas les pouvoirs normaux du propriétaire. La vente de fruits pendants, de récoltes sur pied, de coupes régulières de bois, seront des actes d'exploitation normale du fonds.

99. — Considérons maintenant, une fois pour toutes, le droit qui appartient à l'acquéreur des meubles

(51) V. *supra*, n° 69.

(52) Req., 18 janvier 1933, D. P. 1933, 1, 193, note de M. Fréjaville ; S. 1933, 1, 201, note de M. Esmein.

par anticipation. Trois systèmes ont été proposés pour l'exploitation de ce droit :

a) Pour certains auteurs dont le principal est le grand jurisconsulte Demolombe, l'acquéreur ne possède qu'un droit personnel⁽⁵³⁾. Ce qu'il acquiert n'est pas la propriété de la chose vendue mais le droit de la détacher du fonds et de se l'approprier par perception. Mais nous savons que la vente tend à accorder un droit direct sur une chose déterminée ; par conséquent, il n'y a aucune raison de dire qu'il y a droit personnel ; il y a droit immédiat tendant à l'utilisation de la chose au profit de l'acquéreur, dans l'occurrence, droit de propriété⁽⁵⁴⁾.

b) Un second groupe d'auteurs qui se rendent à l'argument que nous venons d'énoncer admettent qu'il y a droit réel. Mais on n'est pas d'accord sur la nature de ce droit réel. Tout au plus, nous dit-on qu'il s'agit d'un droit mobilier.

D'après M. Lyon-Caen, l'acquéreur serait titulaire d'un droit réel conditionnel, l'acquisition de la propriété étant subordonnée à la séparation réelle des meubles du fonds dont ils sont l'accessoire. La condition accomplie l'acquéreur doit être considéré comme propriétaire des choses mobilières dès l'instant du contrat, par l'application de la rétroactivité de la condition⁽⁵⁵⁾.

Cette doctrine soulève l'objection habituelle en pareille matière : La condition est un événement futur et incertain dont dépend l'exécution de la convention. Or la séparation des meubles par anticipation n'est pas un événement juridiquement incertain puisque cet événement est prévu par le contrat. La sépa-

(53) En ce sens v. Montpellier, 23 juin 1927, D. H. 1927, 472.

(54) V. Fréjaville, note s. Req., 18 janvier 1933 précité.

(55) Notes, S. 1877, 2, 193.

ration n'est pas une véritable condition mais un simple *modus*, une charge de la vente, apposée dans l'intérêt de l'acquéreur.

100. — Aussi cette théorie ne reçoit-elle pas l'appui de la jurisprudence. Celle-ci a posé les éléments d'une définition particulière du droit de l'acquéreur⁽⁵⁶⁾, définition qui a reçu l'appui d'un auteur récent, M. Fréjaville⁽⁵⁷⁾.

c) Dans ce dernier système, la vente de meubles est pure et simple ; l'acheteur devient titulaire d'un droit réel mobilier à l'instant même du contrat ; seulement à l'égard des tiers ce droit doit être considéré comme un droit immobilier. La chose est meuble entre les parties mais immeuble pour les tiers.

En effet, dit-on, la chose vendue est déterminée dans sa constitution physique et atomique définitive ; rien n'empêche un droit réel mobilier de la frapper immédiatement, il n'y a pas de raison de la qualifier de chose future. Mais ceci, dit-on, ne saurait diminuer les droits immobiliers que les tiers ont pu acquérir sur la chose ; car en même temps la chose est immeuble pour tous ceux qui la considèrent comme telle.

101. — Cette théorie porte en elle-même de graves éléments de contradiction. On pourrait contester en premier lieu que la nature physique de l'arbre abattu ou du minerai traité en vue de son extraction soit la même avant et après la séparation du sol. Nous n'insisterons pas sur ce point. Mais, en second lieu, nous nous demanderons comment, si l'objet est un meuble, il peut être affecté par des droits immobiliers. Ou

(56) Montpellier, 23 octobre 1922, D. P. 1923, note de M. Ripert ; 24 mai 1909, D. P. 1910, 1, 489, note de M. de Loynes.

(57) Fréjaville : Des meubles par anticipation, *thèse Paris*, 1927.

bien il est meuble, et les droits qui le frappent sont mobiliers ; ou bien il est immeuble et les droits qui l'affectent sont immobiliers.

Quel est ce droit mobilier qui ne produit effet qu'entre les parties ? Les parties peuvent évidemment considérer la chose sous l'angle de leur choix, mais si ce choix ne s'impose pas aux tiers, il n'y a pas droit réel mobilier, qui, par définition, est opposable à tous. Cette théorie contient en réalité une simple affirmation ; mais elle est incapable d'expliquer *pourquoi* la chose est en même temps affectée par des droits mobiliers et immobiliers.

102. — Aussi bien n'y a-t-il pas en réalité des droits réels simultanés sur la chose, ou du moins des droits qui puissent être simultanément exécutés ; les droits ne coexistent pas, ils se succèdent, en ce sens que le droit immobilier pèse sur la chose tant qu'elle est immeuble et que le droit mobilier ne peut l'affecter qu'autant qu'elle devient meuble. Le droit de l'acquéreur, tant que la chose est attachée au sol, ne peut se réaliser ; nous dirons, en adoptant l'opinion de M. Demogue, qu'il est éventuel⁽⁵⁸⁾.

L'attache de la chose au sol est, ainsi que nous l'avons déjà dit, un critérium qui s'impose à tous, moins par un effet d'ordre public que par l'effet même de la définition des immeubles et des meubles. Dès lors, on peut bien consentir un droit mobilier, mais ce droit, ne trouvant pas de meuble actuel où s'attacher, reste à l'état éventuel. Nous trouverons donc les solutions de toutes les difficultés qui peuvent se présenter en appliquant simplement les principes sur la date et la conservation des droits réels, sans perdre de vue le principe de l'inefficacité des actes fraudu-

(58) Demogue, *Rev. trim.*, 1906, p. 231.

leux à l'égard de ceux contre qui la fraude est dirigée ⁽⁵⁹⁾.

103. — Notamment nous dirons que le droit réel sur les meubles par anticipation ne devient pur et simple qu'au fur et à mesure de l'extraction du minerai ou de l'abattage des arbres. Mais il existe auparavant à l'état éventuel, il est opposable dès que l'acte qui le constitue a pris date certaine. Par conséquent, il devient susceptible d'être conservé, car il ne suffit pas que le droit réel existe, il faudra le rendre opposable aux tiers : pour cela l'acheteur devra publier son droit, c'est-à-dire, exploiter visiblement la mine ou la carrière, ou avoir procédé au martelage des arbres. Nous ne dirons plus avec la jurisprudence qu'il doit transcrire son droit : il lui suffira de rendre son exploitation visible. Et cela en dehors de toute idée de possession du meuble, qui est inadmissible, car le droit ne peut être exécuté tant qu'il est éventuel. Il doit exploiter en vertu de cette idée qu'un droit réel ne peut être opposé aux tiers que s'ils en ont connaissance, et qu'à donner à son droit un caractère clandestin, il sera considéré comme coupable d'une fraude.

104. — I. — Voici les conséquences de la situation créée ainsi entre l'acquéreur et le créancier hypothécaire :

1° L'acquéreur ne devient propriétaire qu'au fur et à mesure de la séparation des meubles du sol. Par conséquent, il ne saurait s'opposer à la constitution d'une hypothèque ou d'un droit réel sur les arbres ou sur la mine ;

2° Le conflit entre les droits sera réglé par la date

(59) Sur l'acquisition abusive de droit sur les meubles par anticipation, voyez Esmein, note s. S. I. 201 précité.

de leur constitution ; l'acquéreur ne pourrait pas se voir opposer le droit du créancier hypothécaire postérieur en date, auquel il objectera que, à mesure que le meuble se sépare du sol, il tombe directement dans son patrimoine ; inversement, le créancier antérieur en date opposera à l'acquéreur son droit de préférence par les effets duquel le bien devra rester affecté à la sûreté de sa créance.

3° Ni le créancier qui a inscrit son hypothèque ni l'acquéreur qui a conservé son droit réel par un commencement d'exploitation ne sauraient s'opposer réciproquement la règle « en fait de meubles »... en cas de séparation de la chose au détriment de celui d'entre eux qui serait antérieur en date, car il y aurait là fait constitutif d'un acte frauduleux.

II. — La situation sera analogue en cas de conflit entre l'acquéreur des meubles par anticipation et l'acquéreur du fonds immobilier. Déclarer que l'acquéreur du fonds primera l'acheteur des meubles même si le droit de celui-ci est antérieur, serait encourager l'opération malhonnête par laquelle le propriétaire aliénerait deux fois sa chose, en vendant d'abord les meubles séparés et ensuite de fonds en entier⁽⁶⁰⁾.

Remarquons ici qu'il s'agit de deux droits réels et non plus de droit réel et de droit de garantie comme dans le cas de l'hypothèque ; par conséquent, il n'y aura pas lieu de se demander si la vente est un acte d'administration ou un acte de disposition.

Le conflit sera résolu comme précédemment, en faveur de celui qui a acquis et conservé son droit le premier. L'acquéreur des meubles par anticipation verra s'il est antérieur en date, les meubles tomber directement dans son patrimoine au moment où ils se sé-

(60) V. Solus, note s. S. 1923, 2, 1, précité.

parent du sol, et les obligations personnelles accessoires de son droit obligeront les tiers à lui laisser opérer la séparation, comme s'il était seul propriétaire.

III. — Il n'y a rien de particulier à dire sur l'hypothèse de deux acquéreurs successifs des meubles ; celui dont le droit sera antérieur dans les conditions que nous avons énoncées exclura l'autre.

Nous pouvons remarquer, à l'égard de ceux qui n'admettent pas un droit réel au profit de l'acheteur de choses à livrer, qu'ici la solution se justifie pleinement de par l'obligation de porter le droit à la connaissance des tiers.

105. — Une dernière question : Il est peu pratique, et il peut sembler bizarre, d'obliger l'acquéreur de meubles à consulter l'état des inscriptions sur l'immeuble de son vendeur, et inversement d'exiger de l'acquéreur de droits immobiliers de contrôler l'exploitation mobilière sur le terrain, afin pour eux de connaître l'opposabilité de leurs droits. C'est probablement la raison qui pousse la jurisprudence à exiger la transcription du droit mobilier. Mais, à bien regarder, la solution que nous avons donnée est très logique : L'acheteur sait que le bien qu'il acquiert est pour l'instant à l'état d'immeuble ; il doit donc s'attendre à se voir opposer des droits immobiliers. C'est à lui de vérifier qu'il n'y en a pas s'il veut exploiter sans trouble, et on doit lui permettre de le faire à l'encontre de tous ceux qui viendront après lui. De son côté, le créancier hypothécaire sait que son gage porte sur des biens destinés à être séparés du sol et transformés ; il lui incombe de vérifier si son gage est conservé, et à prendre toutes mesures à cet effet.

SECTION II

CONTRATS ÉVENTUELS PAR ABSENCE DU CONSENTEMENT : LES PROMESSES DE CONTRAT

106. — Nous avons supposé, au cours de nos explications précédentes sur les contrats dépourvus d'objet, que les parties avaient échangé leurs consentements, en sorte que l'exécution du contrat dépendait uniquement d'un fait matériel ou juridique, l'apparition de cet objet.

Mais il peut arriver que les contractants, tout en disposant d'un objet actuel, d'une pleine capacité et de tous autres éléments requis pour un engagement pur et simple, préfèrent ne passer actuellement qu'un contrat préparatoire ; et cela dans l'intérêt de l'une d'entre elles, qui désire ne pas conclure encore le contrat définitif.

107. — Il peut sembler bizarre que les parties, qui envisagent un contrat, ne passent pour l'instant qu'un acte préparatoire ; qu'elle peut être la raison du détour qu'elles emploient ?

La pratique nous fait connaître de nombreux cas de ces avant-contrats qui préparent l'engagement définitif ; les recueils d'arrêts contiennent de multiples décisions sur les promesses de vente, les promesses d'achat, de bail ou de prêt, etc., c'est-à-dire sur les actes préparatoires à la conclusion d'une vente, d'un achat, d'un bail ou d'un prêt.

108. — Nous constatons que dans tous ces contrats une seule des parties en cause a consenti à s'obliger : elle a manifesté sa volonté de contracter, et il ne man-

que pour que l'acte devienne pur et simple que l'adhésion de l'autre partie. Aussitôt que celle-ci a consenti, le contrat est définitif.

L'une des parties s'est engagée sans réserve ; mais l'autre partie ne veut pas encore s'obliger, faute de savoir si le contrat présentera pour elle une utilité réelle. En attendant, elle accepte l'offre de contrat qui lui a été faite ; elle s'en servira peut-être : aussi celui qui a fait la promesse de contrat est-il lié par sa promesse.

109. — On peut dire que la promesse de contrat se rapproche beaucoup du contrat conditionnel : en effet le contrat ne peut plus être modifié ; la partie qui l'accepte doit exécuter le contrat tel qu'il a été prévu ; l'entente est définitive.

A regarder l'intention qu'ont les contractants, on se rend compte que l'on se trouve bien sur un terrain presque conditionnel. Celui qui accepte l'offre de contrat et ne consent pas encore parce qu'il attend de l'avenir de savoir s'il lui conviendra d'en user, pourrait aussi bien contracter dès maintenant, mais sous condition : il pourrait dire j'achète, à condition que ma situation s'améliore... ou encore : je vends, à condition que telles circonstances m'obligent à quitter la ville... Aussi doit-on se convaincre que celui qui accepte la promesse sans conclure le contrat définitif, attend de certaines circonstances qui seraient malaisément exprimables dans un contrat, cette réponse qui est la condition du contrat. M. Demogue nous cite par exemple le cas du propriétaire qui accepte la promesse de vente d'un terrain voisin, et en usera sous la condition de pouvoir acheter tous les terrains voisins, afin de pouvoir agrandir son exploitation.

Il n'y a pas rationnellement, du point de vue de l'utilité sociale du contrat, de différence entre la pro-

messe de contrat et le contrat conditionnel. Tous les deux sont affectés d'une modalité, mais tandis que la condition consiste en un fait déterminé, dans la promesse le fait est indéterminé et reste au gré du bénéficiaire de la promesse. Celui-ci considère comme plus pratique de réserver son consentement.

110. — Aussi la promesse ne peut-elle jamais être un contrat synallagmatique, c'est un contrat essentiellement unilatéral. Puisque l'échange des consentements suffit pour conclure un contrat donné, si les deux parties ont déjà consenti, il y a contrat définitif présent ou à terme.

Si dans la pratique des contractants ont dénommé promesse de vente ou d'achat, une convention synallagmatique tendant à la conclusion d'un contrat, cela ne prouve pas l'existence réelle de conventions de ce genre ; il y a là une simple erreur de dénomination dont les juges n'ont pas à tenir compte. Si, en définitive, comme les parties l'avaient voulu, le vendeur est tenu de livrer la chose et l'acheteur de payer le prix, et cela à une époque voulue par elles, il y aura vente, et peu importe le nom donné par les contractants à cette opération. C'est bien la solution imposée par l'article 1589 C. civ. pour les promesses de vente : « La promesse de vente vaut vente du moment qu'il y a consentement réciproque sur la chose ou sur le prix. » Cette solution devrait être étendue à tous les autres cas d'avant-contrats à des contrats consensuels et notamment aux promesses de bail ⁽⁶¹⁾.

Certains auteurs ont nié que la promesse synallagmatique de contrat soit équivalente au contrat lui-

(61) Sur le principe que la promesse de bail vaut bail. Voyez Req., 28 janvier 1924, D. H. 1924, 21.

même⁽⁶²⁾. Mais la majorité de la doctrine se déclare en faveur de l'identité de la promesse synallagmatique et du contrat définitif.

111. — Cependant, il est un cas où l'appellation d'avant-contrat synallagmatique peut paraître justifiée. C'est celui où, au lieu de conclure définitivement l'opération, les contractants ont entendu se réserver réciproquement le droit d'y renoncer, moyennant le paiement d'une indemnité. Du moment où les parties ont écarté l'exécution nécessaire de l'acte, il semble qu'il n'y ait qu'avant-contrat. Le Code dit à l'article 1590 : « Si la promesse de vente a été faite avec arrhes, chacun des contractants est maître de s'en départir ». La stipulation d'arrhes change la nature de la vente ; elle substitue à une vente pure et simple un contrat provisoire, et justifie par là la dénomination de promesse de vente. Notre interprétation de l'article 1590 sera différente de celle qui est généralement adoptée. On enseigne habituellement que, la promesse de vente valant vente, le Code n'a pas traité de la vente avec arrhes parce que la disposition sur la promesse de vente avec arrhes devait lui être étendue⁽⁶³⁾.

112. — Nous croyons au contraire que les rédacteurs du Code ont voulu distinguer le cas où la convention, appelée par les parties promesse de vente,

(62) Notamment Marcadé, t. VI, 5^e éd., p. 168, sous l'art. 1589. — Selon Marcadé la promesse de vente produit l'effet d'une promesse unilatérale d'achat et d'une promesse unilatérale de vente accolées.

En Allemagne Degenkolb défend la même opinion, mais d'un point de vue sensiblement différent ; il voit entre les promesses et l'acte définitif la différence entre un acte futur et un acte présent. — V. Degenkolb, *Der Begriff des Vorvertrags*, p. 22, dans *Arch. für d. ziv. Praxis*, t. 71.

(63) V. Planiol, t. 2, n° 1389, note 1.

constituait vraiment un contrat particulier (art. 1590) de celui où elle n'était qu'une vente ordinaire arbitrairement désignée sous un autre nom (art. 1589).

D'ailleurs nous doutons que la dénomination de promesse de vente soit celle qui convienne ; il ne s'agit pas en effet d'un avant-contrat. Une telle vente avec arrhes transfère la propriété dès le jour du contrat, et met la chose aux risques de l'acheteur. Généralement un délai est stipulé pendant lequel les parties pourront exercer leur faculté de retrait ; si elles n'en usent pas, il n'y a pas contrat définitif mais non-réalisation d'une condition résolutoire. Et il n'y a pas là avant-contrat mais contrat affecté d'une condition. Cela semble bien contraire à l'idée que nous avons exprimée qu'il ne doit pas être tenu compte en tant que condition des stipulations purement protestatives de la part des contractants, mais ici la stipulation d'arrhes empêche le consentement d'être arbitrairement repris, puisqu'il engendre pour son auteur une perte sans contrepartie.

La promesse de contrat consensuel est donc unilatérale dans tous les cas.

113. — Comment expliquer, dès lors qu'il n'y a pas encore contrat définitif, que le promettant soit lié vis-à-vis du bénéficiaire ? On peut concevoir plusieurs explications.

Il serait possible de rattacher la responsabilité du promettant à un système très vaste, celui de la responsabilité précontractuelle, dont les bases ont été posées par M. Fagella ⁽⁶⁴⁾. Les contractants devraient respecter une règle de loyauté réciproque dès l'ins-

(64) Fagella, *Dei periodi precontrattali...* dans *Studii giuridici in onore di Carlo Fadda* (Naples 1906), t. III, p. 271 et s. — Conf. Saleilles : De la responsabilité précontractuelle, *Revue trimestrielle*, 1907, p. 697 et s.

tant où elles sont entrées en rapports; sans doute elles ne sont pas tenues de contracter, mais à moins d'une raison valable, le retrait pur et simple serait arbitraire et par suite entraînerait responsabilité. Cette théorie trouverait son fondement dans une garantie légale, encore à établir. Mais peut-être serait-il possible de la fonder sur l'article 1382 Code civ. avec les extensions indéfinies que lui donne la jurisprudence.

Toutefois ce système ne nous donnerait pas satisfaction. Il ne faut aucune différence entre la situation des contractants, qui élaborent simplement un projet, qui ont formulé une offre ou qui ont déjà tenu compte de celle-ci. D'autre part la responsabilité du promettant doit être fondée sur une base contractuelle, et non quasi-délictuelle ou légale.

114. — Il y a en effet dans la promesse unilatérale plus qu'une offre non acceptée. C'est une offre que le bénéficiaire n'a pas acceptée définitivement, mais il s'est déjà engagé, s'il l'accepte, à l'utiliser sous sa forme actuelle. Par le fait que les contractants ont déjà discuté toutes les modalités de l'opération future, il apparaît que l'opération a de fortes chances d'être conclue, qu'elle est probable; elle diffère en cela de l'offre non suivie d'acceptation quelconque. Dans la promesse, nous l'avons dit, il y a un contrat définitif, sous une condition purement protestative.

115. — Aussi l'engagement du promettant donne-t-il dès maintenant au bénéficiaire un droit à la conclusion du contrat; c'est un droit qui ne peut être exécuté, mais qui n'en existe pas moins dès l'instant de la promesse; le droit est éventuel. Lorsqu'il s'agit d'une chose, nous devons dire que l'avant-contrat est l'acte par lequel le bénéficiaire acquiert la propriété

de la chose, sous l'éventualité de son adhésion au contrat.

C'est dans les différentes modalités du contrat de vente que se rencontrent les plus nombreuses applications de promesses. La plus usitée est la promesse de vente.

116. — A. — *La promesse de vente.* — La promesse unilatérale de vente ou option se rencontre en pratique comme contrat accessoire. On l'associe très souvent à un bail. En tant que contrat principal elle offre en effet peu d'intérêt pratique dans la majorité des cas.

Nous avons dit qu'elle ne pouvait être analysée en tant que vente sous condition suspensive, car le consentement que l'acheteur a réservé constitue un élément essentiel du contrat. Toutefois l'analogie est grande et on a pu soutenir sous l'empire du Code civil que c'était une opération conditionnelle qui transférerait, dès l'acceptation de l'acheteur, la propriété depuis le jour du contrat à condition d'avoir été transcrite ⁽⁶⁵⁾.

Cette opinion est aujourd'hui abandonnée par la doctrine et par la jurisprudence, qui voient dans le bénéficiaire le titulaire d'un droit de créance ⁽⁶⁶⁾.

On en déduit que le créancier ne peut transcrire la promesse, puisqu'elle n'est ni translatrice de propriété, ni constitutive d'un droit réel immobilier.

(65) Duranton, t. 16, n° 53; Mourlon : De la Transcription, t. 1, p. 92 et s.; Larombière : Traité des Obligations, 1885, t. 1, art. 1138, n° 13; Demante et Colmet de Santerre, 2^e éd., t. 7, n° 10 *bis*, V; Huc, t. 10, n° 27 et s.

(66) Troplong, t. 1, n° 116; Duvergier, t. 1, n° 123; Demolombe, t. 25, n° 326; Laurent, t. 24, n° 13; Aubry et Rau, 5^e éd., t. 5, § 345; Guillouard, t. 1, n° 85; B.-L. et Saignat, n° 66; Req., 1^{er} août 1924, D. P. 1925, 1, 23; Paris, 4 juillet 1921, D. P. 1922, 2, 104; Req., 26 mai 1908, D. P. 1909, 1, 425.

Si le vendeur tombe en faillite la promesse non réalisée ne peut être transcrite et ne peut être opposée à la masse qui fait inscrire son hypothèque.

D'autre part le droit de propriété du promettant reste entier, de sorte qu'il pourra aliéner la chose ou la grever de droits réels.

117. — Mais cette doctrine est contestable ; il n'y a aucune relation de créancier à débiteur entre le bénéficiaire et le promettant. En effet on admet que le promettant n'a plus à intervenir dès lors qu'il s'est obligé : le contrat se formera sans lui, et même contre son gré.

Le droit du bénéficiaire porte directement sur la chose ; c'est un droit réel éventuel susceptible d'être transcrit. Nous en tirerons des conclusions inverses de celles de la jurisprudence.

D'ailleurs la pratique montre les inconvénients de celle-ci ; aussi s'efforce-t-on de les atténuer dans la mesure du possible. C'est ainsi que par une solution constante, la jurisprudence admet que le bénéficiaire puisse agir contre le tiers acheteur de mauvaise foi par la voie de l'action paulienne, sans qu'il soit nécessaire de prouver que l'acte illicite ait déterminé ou augmenté l'insolvabilité du *fraudator* ⁽⁶⁷⁾. Une loi en date du 30 juillet 1930 attribue les effets « des promesses de vente valant vente » aux promesses adjointes à un bail portant sur des terrains de lotissements ⁽⁶⁸⁾.

118. — La jurisprudence est divisée sur le point de savoir s'il est nécessaire, pour apprécier le montant de la lésion de plus de sept douzièmes dont se plaint

(67) Req., 15 avril 1902, S. 1902, 1, 316; 12 janvier 1926, S. 1926, 1, 183; Nancy, 3 avril 1906, D. P. 1908, 2, 148.

(68) V. Cass. civ., 19 juillet 1934, S. 1934, 1, 137.

le vendeur, de se placer au jour de la promesse ou le jour de l'adhésion. La Cour de Cassation s'est prononcée dans ce sens ⁽⁶⁹⁾, mais de nombreuses décisions des Cours d'appel prennent en considération le moment de la promesse ⁽⁷⁰⁾. Cette dernière solution doit être seule admise car c'est à ce moment que s'est effectué le transfert de droit. Mais ce n'est pas là la raison de la jurisprudence des Cours d'appel, qui se fonde sur l'idée que la lésion supposant une contrainte présumée, c'est au moment où le promettant a consenti qu'il faut l'apprécier.

119. — B. — *La promesse d'achat.* — C'est l'opération exactement inverse de la promesse de vente. C'est un avant-contrat qui engendre une offre d'achat obligatoire pour l'offrant, qui par la simple acceptation du vendeur se transformera en contrat de vente.

Il y a cependant certaines différences inévitables : notamment il n'y a pas ici droit réel antérieurement à l'acceptation du vendeur, l'opération ayant justement pour but de reculer le moment où la propriété sera transférée. L'acheteur ne pourrait constituer une hypothèque sur l'immeuble avant l'acceptation, et l'adhésion du vendeur transférerait la propriété sans rétroactivité. La question est d'ailleurs peu importante, car si le vendeur avait dans l'intervalle consenti des droits réels, il faudrait considérer ce fait comme une renonciation au bénéfice de la promesse.

120. — Une situation sensiblement différente se présenterait au cas où la vente est consentie par un mandataire sous réserve de la ratification par son man-

(69) Req., 12 janvier 1927, S. 1927, 1, 256; 18 octobre 1927, D. P. 1928, 1, 35; Civ. 19 avril 1926, S. 1926, 1, 128.

(70) Paris, 25 av. 1928, D. P. 1928, 2, 113; 12 nov. 1928, D. H. 1929, 42.

dant. L'acheteur est obligé, tandis que le mandant ne l'est pas ; aussi a-t-on prétendu qu'il y avait promesse d'achat ⁽⁷¹⁾. Il n'en est rien, il y a en réalité vente de la chose d'autrui, avec les effets que nous avons indiqués quant aux droits réels. En effet le mandataire serait tenu de faire diligence en vue de rapporter la ratification, pendant un délai fixé par le contrat ou que l'on considérerait comme tacitement fixé ; à défaut l'acheteur serait délié de sa promesse. D'autre part la ratification aurait un effet rétroactif au jour du contrat.

121. — C. — *Le pacte de préférence.* — C'est la convention par laquelle l'une des parties s'engage envers l'autre à lui vendre la chose, à la condition qu'elle se décide à la mettre en vente, et que le bénéficiaire soit disposé à lui offrir les mêmes avantages qu'un tiers.

Elle peut être analysée comme une promesse de vente faite sous une double condition suspensive potestative de la part du vendeur, qui décidera s'il veut aliéner la chose, et de la part de l'acheteur qui ne conclura le contrat que si les conditions de la vente lui conviennent ⁽⁷²⁾. Les conditions étant purement potestatives, il n'y a pas vente mais avant-contrat de vente.

Il faut noter que les conditions se succèdent, elles ne sont pas concomitantes : tant que le vendeur a conservé la chose il n'y a aucun droit sur celle-ci pour l'acheteur, ce n'est que quand la condition de mise en vente est remplie que la promesse de vente est parfaite, c'est à ce moment que le droit de l'acheteur sera rétroactivement validé.

(71) Leduc : Des avant-contrats, précité, p. 233.

(72) V. H. Lalou, Recueil Dalloz hebdomadaire, 1929, p. 41 : Les pactes de préférence ; Savatier : Promesse de vente ou pacte de préférence grevant des successions échues à des mineurs. Rép. gén. prat. du Notariat, 1932, art. 23174.

122. — Si la condition devient impossible la convention tombe ; ainsi si le bien se trouvant compris dans une succession échue pour partie à un mineur, il doit être vendu par voie de licitation ; dans ce cas le droit de préemption se trouve remplacé par la faculté de surenchérir, mais le bénéficiaire du pacte ne sera plus le seul à en bénéficier. Aussi a-t-il été décidé que, quoique le droit de préférence tombait, la date des enchères devait être portée à la connaissance du titulaire d'un pacte de préférence ⁽⁷³⁾.

SECTION III

CONTRATS ÉVENTUELS PAR L'ABSENCE D'UNE SOLENNITÉ : LES PROMESSES DE CONTRATS SOLENNELS

123. — L'avant-contrat synallagmatique est possible en cette matière : il peut arriver qu'un acte qui nécessite une certaine solennité, une hypothèque par exemple, soit d'abord l'objet d'une entente sans formalités spéciales.

Il faut distinguer ce cas de celui où les parties conviendraient par une convention préalable de passer un contrat authentique ou un contrat judiciaire, alors que ce contrat aurait les mêmes effets en la forme consensuelle. Dans ce cas, en effet, ou bien les parties n'ont pas encore consenti à se lier, elles gardent le droit de se dédire, et alors il n'y a pas encore de contrat mais simple accord sur les points essentiels, sans force obligatoire ; ou bien l'acte préliminaire est complet, et alors il engendre non seulement une action en conclusion du contrat solennel, mais encore il

(73) Trib. Seine, 7 janvier 1933, S. 1934, 2, 33.

oblige les parties quant au fond. Il n'y a pas dans ce dernier cas avant-contrat, mais un acte définitif qui pourra être converti en un acte solennel pour la facilité de la preuve, ou pour lui attacher les voies d'exécution spéciale à ces actes : mais la conversion sera une simple exécution de la convention primitive.

124. — Il n'y a donc avant-contrat que lorsqu'il s'agit d'un acte que la loi soumet à certaines solennités.

Ici encore il faut distinguer selon la raison d'être de la solennité : si elle est nécessaire pour assurer la liberté des contractants, l'acte ne pourra être l'objet d'un avant-contrat obligatoire. C'est ainsi que la promesse de mariage serait sans valeur ⁽⁷⁴⁾.

Quand la solennité est requise uniquement à titre de publicité à l'égard des tiers ou pour empêcher les fraudes, la promesse aura pleine force obligatoire et le promettant sera tenu de conclure le contrat définitif. Ainsi une personne pourra valablement s'engager envers un tiers à renoncer ou à accepter une succession ⁽⁷⁵⁾, à subroger par acte notarié le tiers qui a payé pour lui, ou encore à faire tel acte de procédure dans une instance. De même la promesse de constituer hypothèque contenue dans un acte privé est-elle valable.

125. — Ce principe qui est généralement admis par la jurisprudence a donné lieu à quelques difficultés sur le point de savoir si la promesse d'hypothèque équivalait à la constitution d'hypothèque. En effet l'article 446 Comm. frappe de nullité la constitution de gage ou d'hypothèque consentis par le failli depuis la

(74) V. Demogue : *Traité des Obligations*, t. 2, n° 493, p. 45.

(75) Pourvu qu'il ne s'agisse pas d'une succession future.

date de cessation de paiement ou dans les dix jours qui précèdent, pour sûreté d'une dette antérieurement contractée. Par contre l'article 448 autorise l'inscription de l'hypothèque dans cette période, lorsqu'elle a été constituée antérieurement. Il s'agissait donc de savoir si la constitution d'hypothèque allait produire un effet rétroactif au jour de la promesse ou en d'autres termes si la constitution apparaissait comme confirmant le droit d'hypothèque établi par la promesse, dans le cas où la promesse était antérieure mais la constitution postérieure à la période suspecte.

126. — La jurisprudence le nie ⁽⁷⁶⁾, non cependant sans se livrer à quelques confusions critiquables. C'est ainsi qu'un arrêt ayant à juger sur une promesse bilatérale de vente avec faculté conditionnelle de dédit pour les deux parties, a considéré que l'acheteur qui avait déclaré forfait et constitué hypothèque pour le paiement de l'indemnité le même jour, devait être considéré, par l'effet de la rétroactivité de la condition, comme ayant constitué l'hypothèque en exécution d'une promesse contractée le jour de la vente et par conséquent a annulé l'hypothèque comme constituée postérieurement à la créance ⁽⁷⁷⁾.

Mais en réalité il n'y avait pas ici promesse d'indemnité sous condition ; c'était la vente qui était affectée d'une condition, qui une fois réalisée devait rétroagir ; mais l'indemnité naissait purement et simplement à la suite de la résolution ; elle était due pour l'avenir, mais non à partir du contrat. C'était la vente qui était affectée d'une condition mais non l'indemnité qui suivait nécessairement la non-réalisa-

(76) Paris, 30 déc. 1929, S. 1930, 2, 92; Paris, 7 juillet 1886, S. 1887, 2, 65.

(77) Caen, 4 juillet 1934, S. 1934, 2, 228.

tion. Aussi n'y avait-il pas constitution d'hypothèque pour une dette antérieure.

Dans un autre cas, ayant à se prononcer sur l'hypothèque constituée en période suspecte par l'usufruitier en faveur du nu-propriétaire, un arrêt a décidé que l'hypothèque du nu-propriétaire n'a pas pour but de garantir une créance, mais d'assurer le retour de la pleine propriété intacte entre les mains du nu-propriétaire à la fin de l'usufruit ⁽⁷⁸⁾. Mais le nu-propriétaire a droit à une hypothèque non pas pour s'assurer le retour de la propriété, qui ne peut manquer de lui revenir, mais pour garantir sa créance éventuelle pour les déprédations et les dommages que l'usufruitier aura pu faire subir à la propriété. Il s'agissait donc non pas d'une dette antérieurement contractée, mais d'une dette future qui échappait aux prévisions de l'article 446 Comm.

127. — D'une façon générale il faut approuver la jurisprudence qui ne considère pas comme équivalentes la promesse et la constitution d'hypothèque. Nous savons en effet que l'hypothèque est une garantie attaché à un droit personnel : la constitution de cette garantie est subordonnée à certaines formes, auxquelles il ne saurait être supplée par un acte de volonté des parties. En l'absence de l'acte notarié le créancier reste un simple chirographaire et ne peut avoir un droit direct sur la chose. Comme il n'a pas de droit réel, l'acte de constitution ne produit effet que pour l'avenir et ne joue pas le rôle confirmatif d'un droit antérieur qui appartient à l'élément qui rend un contrat pur et simple.

(78) Angers, 23 juillet 1930, S. 1931, 2, 12.

SECTION IV

LES PROMESSES DE CONTRATS RÉELS

128. — Le droit français connaît une catégorie particulière de contrats, qui sont désignés sous le nom de contrats réels, et dont la caractéristique est de se former au moment de la remise d'une chose. Ce sont le prêt de consommation, le commodat, le dépôt et le gage. On y ajoute quelquefois le contrat de rente viagère ⁽⁷⁹⁾.

Cette catégorie de contrats est originaire du droit romain ; sa création est une conséquence du formalisme en vigueur dans celui-ci, où à aucune époque le simple consentement ne suffisait à faire naître un contrat, en principe tout au moins, sans l'emploi de la forme préfixe de la stipulation. La classe des contrats réels était une exception à cette règle : la remise de la chose y jouait le rôle d'une solennité, remplaçant les paroles solennelles de la stipulation.

129. — Mais en droit français, le simple consentement suffit à créer une obligation. Il suffit donc d'un accord des parties pour conclure un contrat obligatoire, que ce contrat soit réel ou consensuel. Sans doute il n'en serait pas de même si la réalité était une forme imposée par la loi, une solennité nécessaire à la conclusion du contrat, et il nous suffirait de renvoyer aux pages précédentes que nous consacrons aux promesses de contrats solennels. Mais tel n'est pas le sens de la distinction actuelle entre contrats solennels et réels ; on ne nie pas la possibilité de l'engagement

(79) V. Guillouard : Contrats aléatoires.

pris sans forme de constituer un contrat réel. La différence tiendrait à la nature particulière des contrats réels.

Ceux-ci, dit-on, sont des contrats dont l'existence est inconcevable sans la remise de la chose. Ils engendrent l'obligation, pour celui qui reçoit la chose à titre de dépositaire, d'emprunteur, de créancier gagiste ou de commodataire, de conserver celle-ci et de la restituer.

Or une entente sans la remise de la chose peut bien obliger celui qui l'a promise de la remettre ; mais comment pourrait-on faire naître dès maintenant une obligation en restitution ? Celle-ci ne naîtra que lors de la remise de la chose ; c'est donc seulement à ce moment que le contrat se formera ⁽⁸⁰⁾.

Il y aurait donc deux contrats distincts en cas de promesse synallagmatique, l'un qui permettra au futur débiteur de demander la remise de la chose, et l'autre qui se formerait au moment de la remise et qui ferait naître l'action en restitution.

130. — Mais en réalité les deux contrats se confondent : la prétendue impossibilité de restituer la chose avant de l'avoir reçue, repose sur une erreur. Sans doute on ne peut obliger à restituer celui qui n'a rien reçu ; mais il peut valablement s'obliger dès maintenant à restituer pour le moment où la remise aura été effectuée.

La remise matérielle de la chose n'a pas un rôle créateur ; c'est un simple acte d'exécution du contrat. Raisonner autrement serait admettre que par exemple le bail serait un contrat réel, parce que l'obligation du locataire de rendre l'immeuble ne saurait naître que si on le lui a remis ; ou encore que la vente ou le

(80) En ce sens, Planiol : *Traité*, 2^e éd., t. 2, n^{os} 995 et s.

vendeur a remis la chose à l'acheteur et s'est déchargé ainsi de ses responsabilités, deviendrait un contrat unilatéral par la remise de la chose vendue.

Aussi la promesse bilatérale de contrat réel se confond avec le contrat même ; la remise de la chose a lieu à titre d'exécution du contrat, et les obligations sont définitives des deux côtés ⁽⁸¹⁾.

131. — Mais à côté de ces contrats synallagmatiques parfaits, il y a des promesses unilatérales, dans lesquelles un seul des contractants s'engage à remettre la chose ou à prêter une somme si l'autre le veut. L'ouverture de crédit est un exemple bien connu de ces opérations.

Il ne faut pas confondre la promesse synallagmatique, qui est un contrat formé dès le début, avec la promesse unilatérale qui ne sera parfaite que lors de l'acceptation.

Ainsi la jurisprudence a-t-elle admis que la remise pendant la période suspecte du gage constitué par une promesse synallagmatique antérieure étant un simple acte d'exécution et n'entraîne pas dans les prévisions de l'article 446 Comm. ⁽⁸²⁾. Par contre s'il y a promesse unilatérale, la constitution de gage n'est plus possible en période suspecte, pour les mêmes raisons que nous avons indiquées précédemment pour la constitution d'hypothèque ⁽⁸³⁾.

(81) En ce sens, Demogue: *Traité des Obligations*, t. 2, n° 502, p. 65.

(82) Cass., 20 janvier 1886, S. 86, 1, 305; 24 juin 1903, S. 1904, 1, 220; *contra*. Cass. du Grand-Duché de Luxembourg, 23 déc. 1892, S. 1893, 4, 15.

(83) *Supra*, n° 133 : v. Cass. req., 21 janvier 1920, S. 1920, 1, 296.

SECTION V

LES CONTRATS ÉVENTUELS ACCESSOIRES : DU CONTRAT PÉCUNIAIRE DE MARIAGE

132. — Un contrat peut ne pas être indépendant, il peut dans son existence dépendre d'un autre acte ; dans ce cas on le qualifie d'accessoire.

Le contrat accessoire peut précéder le contrat principal : on peut cautionner ou constituer hypothèque pour une ouverture de crédit ou toute dette encore sans existence actuelle. Dans ce cas il est très probable que le contrat principal sera conclu, aussi le contrat accessoire, tout en ne pouvant faire l'objet d'une exécution principale crée un lien de droit entre les parties : le droit est éventuel ⁽⁸⁴⁾. En pratique le contrat est traité comme s'il était pur et simple ; on admet que l'hypothèque pour une dette future puisse être inscrite et prendre date du jour de l'inscription.

Nous avons déjà signalé ces solutions.

133. — L'un de ces contrats accessoires doit faire l'objet d'une étude spéciale quant au point de départ de ses effets : le contrat de mariage ; celui-ci doit toujours précéder la solennité du mariage (art. 1394 Civ.), aussi la jurisprudence frappée de cette circonstance que le contrat est subordonné à la solennité, en sorte qu'il est non avenu si le mariage n'a pas lieu, et désirant faire partir les effets du régime matrimonial du jour du contrat, tant pour la protection des époux que pour prévenir certaines fraudes de leur part, l'a-t-elle considéré quelquefois comme conditionnel. D'après elle le contrat de mariage était soumis à la condition

(84) V. Demogue : Tr. des Obl., t. 2, n° 919, p. 914.

« si nuptiae sequantur ». Ainsi est non avenue la vente par le donateur d'un bien donné par contrat de mariage, si elle a lieu entre le contrat et le mariage ⁽⁸⁵⁾ ; l'action paulienne est interdite au créancier dont le droit est né après le contrat de mariage contre une donation contenue dans ce contrat ⁽⁸⁶⁾, la dot existe depuis le jour du contrat avec son caractère d'inaliénabilité, et les biens acquis entre le contrat et le mariage par un échange avec des biens déclarés dotaux par le contrat sont eux-mêmes dotaux ⁽⁸⁷⁾.

134. — La jurisprudence limite d'ailleurs l'effet rétroactif du mariage à des situations où cela paraît nécessaire aux besoins pratiques. En effet elle admet que les créanciers de la femme dotale, qui ont contracté postérieurement au contrat de mariage mais antérieurement à la célébration, ont le droit de saisir les biens dotaux ⁽⁸⁸⁾ ; que l'hypothèque légale de la femme mariée ne prend rang qu'à dater du mariage ou postérieurement, suivant la nature des créances à garantir ⁽⁸⁹⁾ ; toutes solutions incompatibles avec une stricte application de la rétroactivité.

135. — La doctrine s'est livrée à de vives critiques au sujet de cette jurisprudence. Le mariage, dit-elle, est l'un des éléments essentiels du contrat de mariage. Le contrat n'a d'autre raison d'être que la vie conjugale qui va s'établir. Il ne doit commencer à produire ses effets qu'au moment où le mariage est célébré ⁽⁹⁰⁾.

(85) Cass. req., 26 janvier 1847, D. 1847, 1, 63.

(86) Civ., 7 février 1872, D. 1873, 1, 80.

(87) Civ., 18 décembre 1878, D. 1879, 1, 441; Nîmes, 26 mars 1889, *Le Droit*, 16-17 septembre 1889; Trib. Tarbes, 25 nov. 1895, *Gaz. Pal.* 1896, 4, 77.

(88) Req., 22 janv. 1878, D. 1878, 1, 154.

(89) Civ., 28 janv. 1891, S. 1893, 1, 294; Caen, 9 juillet 1889, S. 1890, 2, 137; Montpellier, 13 novembre 1878, S. 1879, 2, 65.

(90) Planiol, t. 3, n° 832; Guillouard, t. 1, n°s 276 et 330; Bau-

Seulement la doctrine est incapable de concilier cette solution avec celle qu'on donne généralement en la matière des autres contrats accessoires : contrat de constitution d'hypothèque, contrat de cautionnement, de gage et que nous avons indiquées antérieurement. On admet que tous ces contrats produisent effet immédiatement ; l'hypothèque peut être inscrite et elle prend rang ; si celui qui a consenti une caution personnelle tombe en faillite, le créancier peut produire à l'ordre, même si la dette est future. La seule chose impossible serait pour le créancier de toucher le montant des collocations qui lui seraient attribuées, ou de procéder à la saisie immobilière.

136. — L'explication est simple : le contrat accessoire ne dépend pas dans la mesure où on l'a dit du contrat principal. Il ne faut pas s'exagérer la portée de la règle, « *accessorium sequitur principale* ». Tout contrat accessoire a une existence indépendante, il permet aux parties de faire prendre date à leur droit et de le considérer comme réalisé, sauf l'exécution principale ⁽⁹¹⁾.

Le contrat accessoire auquel on accorde, comme le fait la doctrine, une force suffisante pour produire certains effets, comme la validation de l'hypothèque, n'est pas, comme on l'a dit, suspendu dans son existence, mais dans son exécution. Et il n'y a aucune raison de ne pas admettre ces effets en matière de contrat de mariage.

Si l'on cherche à éclaircir la question des effets du contrat de mariage en partant de ce point de vue, on

dry-Lacantinerie et Surville : *Contrat de mariage*, t. 1, n° 193 et s.; Timbal : *Point de départ des effets du régime matrimonial*, thèse Toulouse, 1901, p. 50 et s.

(91) Demogue : *Des droits éventuels*, *Revue critique Dr. civ.*, 1906.

constate que le contrat a un double objet : il détermine d'abord quels sont les biens qui seront affectés aux besoins du ménage et qui ce à titre ne devront pas être grevés de droits ou aliénés entre l'instant du contrat et la célébration ; et ensuite il détermine quelles valeurs seront destinées à être administrées par le mari, et quelles autres resteront soumises à l'administration de la femme ⁽⁹²⁾.

137. — En principe le contrat de mariage produira ses effets à partir du mariage ; le droit d'administration et de jouissance du mari sur les biens de la femme n'a de raison d'être qu'à partir du mariage. L'exécution même du contrat, c'est-à-dire la mise en possession du mari, ne pourra avoir lieu qu'après la célébration. Toutefois les actes de disposition qui auraient été faits dans l'intervalle tomberont ; les biens rentrant dans la première catégorie dont nous venons de parler sont grevés d'un droit éventuel au profit des époux.

Nous dirons donc que pour partie le contrat de mariage produira immédiatement ses effets, en vue de garantir aux époux l'apport réel des biens qu'ils se sont promis, et que pour le surplus il ne produira d'effets qu'à partir du mariage même.

(92) Demogue précité.

CHAPITRE IV

ESSAI D'UNE SYNTHÈSE ENTRE L'ÉVENTUALITÉ ET LA CONDITION

138. — Nous avons jusqu'ici suivi au cours de cette étude une méthode consistant dans l'examen séparé de la condition et de l'éventualité. Vu la réelle difficulté et l'étendue du sujet, il était préférable d'établir pour chacune de ces deux modalités d'abord les principes généraux, pour ensuite en déduire, en les groupant de notre mieux, les réponses aux différents problèmes qui pouvaient se présenter. Il convient maintenant de prendre du recul, de s'élever au-dessus des multiples applications pratiques et de tenter de dégager les idées directrices qui dominent la théorie de la formation des contrats imparfaits, pour en faire la synthèse et arriver ainsi à une unification des règles qui leur sont applicables sur le terrain du droit privé.

139. — Cette théorie n'est même pas effleurée dans le Code civil ; pour celui-ci le contrat n'est pas le point d'aboutissement de toute une période de formation qui pouvait être déjà, dans une certaine mesure, créatrice d'obligations ; à le lire il semblerait qu'aucun problème ne se puisse poser tant que les consentements définitifs ne sont pas échangés sur un sujet donné.

Il est hors de doute que les rédacteurs du Code, tout en repoussant à proprement parler le formalisme ro-

main, n'en ont pas moins gardé l'idée fondamentale : la naissance en un seul instant d'un contrat complexe, en sorte que tous les rapports entre les parties qui ont pu précéder cet instant ne sont que néant.

De là vient qu'au lieu de reconnaître au propriétaire conditionnel un droit réel sur l'objet du contrat on a préféré recouvrir l'opération du voile d'une fiction ; le contrat, quoique définitif seulement à l'arrivée de la condition, n'en sera pas moins « considéré comme définitif » depuis la date où il a été passé. Le principe de la formation instantanée des contrats recevait ainsi l'atteinte la plus réduite, au moyen d'une fiction considérée comme dérogatoire aux principes et destinée uniquement à produire certains effets pratiques.

140. — Les rédacteurs du Code, limités par les exemples et les théories qui leur venaient de Rome et de l'ancien Droit, n'ont pas admis l'existence d'avant-contrats, alors que, par la force des choses, ils ont effleuré ce problème à plusieurs reprises et particulièrement à propos des conditions protestatives et des promesses de vente.

Il convient de se demander en effet dans quelle mesure les textes concernant la condition peuvent s'appliquer à l'éventualité ; en d'autres termes si la différence entre ces deux modalités est suffisamment nette pour justifier l'application à chacune d'elles de définitions et de solutions différentes ; et nous verrons que les textes qui nous permettent de donner à l'éventualité une base juridique sont extraits justement de la partie du Code qui traite de la condition.

141. — Nous avons défini précédemment ⁽¹⁾ la condition comme un élément extrinsèque et accessoire

(1) V. *supra*, chap. 1.

du contrat, et nous avons soigneusement fait la différence avec l'éventualité, qui est l'absence d'un élément essentiel. Cette discrimination pouvait se comprendre tant que l'on considérait que le contrat n'avait aucune existence avant la réunion de tous ses éléments. Mais dès lors que nous avons admis qu'un contrat peut exister même s'il est imparfait, il nous faut rechercher s'il y a encore un sens à la différenciation des éléments essentiels et secondaires du contrat. Pourquoi dire qu'un contrat est éventuel s'il dépend de son objet ou de tout autre élément, et qu'il est conditionnel s'il dépend d'un élément extérieur choisi volontairement par les parties ? Quelle est encore la raison de cette différenciation ?

142. — Constatons aussi bien qu'il est assez difficile de dire en matière de condition que les éléments sont définitivement fixés. Comment dire que l'objet existe définitivement, dès lors qu'il faudra se reporter au jour de l'arrivée de la condition pour savoir si l'objet existe encore, et si le contrat pourra se former (art. 1182, § 2) ? D'après la règle traditionnelle le contrat devrait être suspendu jusqu'au jour où la condition étant arrivée, on pourra être certain que l'objet existe, ainsi que le remarque l'un des adversaires de la rétroactivité, M. Chausse ⁽²⁾. Un autre auteur, M. Leloutre, a critiqué la notion du consentement ; selon lui la condition est un « motif essentiel » du contrat, élément qu'il ne définit pas d'ailleurs d'une manière très précise, et qui semble pour lui se confondre avec la cause ; le contrat étant dépourvu de cause ou de consentement, ne pourrait exister *pendente conditione*.

M. Leloutre se dégage ainsi de la théorie du contrat

(2) *Revue critique*, 1900.

existant antérieurement à l'arrivée de la condition : mais il n'en reconnaît pas moins qu'il existe entre les parties un lien de droit, une prise de possession sur le consentement du débiteur.

« Il y a d'abord un droit pur et simple sur le consentement du débiteur ; deux actes doivent être soigneusement distingués, un acte à venir mais auparavant un acte pur et simple qui engendre au profit du créancier un véritable droit sur le consentement du débiteur ⁽³⁾ ». Par conséquent il y aurait deux actes successifs, un premier, pur et simple, qui tend à la réalisation d'un second en projet. N'est-ce pas cette même explication que nous offre Demolombe : « Si le contrat conditionnel n'engendre encore, tant que la condition n'est pas accomplie, qu'une espérance de dette, il faut ajouter que cette espérance, qui est le produit du contrat, est elle-même contractuelle, c'est-à-dire qu'elle crée entre les parties, un lien de droit... ⁽⁴⁾. »

C'est bien par ailleurs la théorie que nous offrent Degenkolb et certains auteurs français à propos de la formation des contrats éventuels. On peut dire que les contrats conditionnels et éventuels se forment de la même manière.

143. — Aussi n'est-ce pas quant à leur manière de se former que la différence entre les deux sortes de contrats se manifestera ; nous ne contestons pas que le contrat conditionnel soit dépourvu d'un élément essentiel, que ce soit l'objet ou le consentement. On peut dire que l'objet est futur dans le contrat conditionnel, car on ne sait si l'objet sur lequel on traite actuellement n'aura pas changé jusqu'à l'arrivée de la condition de telle manière qu'il ne puisse pas sup-

(3) Leloutre : *thèse* précitée.

(4) Demolombe : *Obligation*, t. 2, p. 348.

porter l'obligation définitive ; on peut dire qu'il n'y a pas consentement définitif ou qu'il n'y a pas de cause, car le consentement et la cause n'existent qu'en vue de certaines situations qui ne se sont pas encore produites et ne se produiront peut-être jamais. Il n'y a pas intérêt à distinguer lequel de ces deux éléments est absent car le consentement ne se sépare pas de l'objet ou de la cause lorsqu'il s'agit d'une situation future.

144. — Mais si nous considérons parallèlement ces deux situations, l'une conditionnelle et l'autre éventuelle, nous constatons une différence fondée sur des raisons d'ordre autant juridiques qu'économiques, qui se tiennent très étroitement : L'acte conditionnel dépend d'un fait déterminé et voulu par les parties, qui ne sont pas maîtresses de le faire arriver ou défaillir ; l'acte éventuel au contraire dépend de circonstances qui mettent l'une des parties à la discrétion de l'autre ou font dépendre son droit de la loi.

145. — Il n'y a aucune différence spécifique entre les deux situations, qui sont, ainsi que nous l'avons vu, assez difficiles à distinguer dans certaines de leurs applications pratiques : la différence consiste uniquement dans la force du lien obligatoire. Si les parties ont spécifié que l'arrivée d'un fait expressément prévu par elles rendrait le droit exécutoire, il y a condition, car le lien obligatoire est définitif et les parties ne peuvent pas s'en dégager.

Peu importe que, comme on l'a dit, l'objet ou le consentement n'existent pas actuellement ; l'important est que, dès maintenant, on connaisse l'objet de l'obligation et les conditions du consentement.

146. — Dans l'hypothèse contraire il peut arriver que l'exécution du contrat ne soit pas remise volon-

tairement : elle dépend soit d'une détermination de l'objet, indéterminé ou inexistant ; soit de la validation du contrat conclu par un incapable ; soit de toute autre circonstance dans laquelle la loi empêche le contrat de faire naître des droits immédiatement exécutoires. Le fait dont dépend l'obligation est bien futur et incertain, mais il ne dépend pas des parties de faire naître un droit actuel. Aussi la situation ne dépend-elle plus de ce que les parties auront décidé, mais de l'approbation ou de la décision des tiers, ou encore de certaines opérations matérielles. Le lien obligatoire est moins nettement déterminé que s'il y avait condition puisque l'accomplissement de ce à quoi elles s'engagent ne sera peut-être pas conforme à ce qu'elles auraient voulu.

148. — Il peut arriver que ce lien obligatoire dépende d'un fait indéterminé au plus haut degré : de la volonté discrétionnaire de l'une des parties. Dans ce cas il manque d'un côté au lien de droit toute force obligatoire, puisque l'une des parties peut le réaliser ou s'en retirer à volonté. Ici encore le droit n'est pas conditionnel de ce côté, comme ne dépendant pas d'un événement caractérisé à l'avance.

149. — La caractéristique du contrat conditionnel n'est donc pas de constituer un contrat parfait dès sa conclusion, ce qui est impossible, mais de lier assez étroitement les parties pour que l'arrivée de la condition ne dépende que de circonstances sur lesquelles elles n'aient aucune prise : en sorte qu'elles doivent être capables dès le début, et que l'objet doit être parfaitement déterminé. Si ces conditions ne sont pas remplies, une seconde émission de volonté ou une opération de détermination de l'objet sont nécessaires : il y a droit éventuel.

150. — C'est le phénomène qui se manifeste quand un contrat synallagmatique est affecté d'une condition purement potestative de la part de l'une des parties ; le contrat synallagmatique conditionnel est en réalité un contrat unilatéral éventuel.

On qualifie en effet fréquemment de conditionnelles des situations où il n'y a pas encore droit formé. Ainsi on dit que la promesse de vente est une vente faite sous la condition de l'adhésion de l'acheteur. Peut-on raisonnablement parler de condition lorsque l'élément en suspens est la volonté même de l'acheteur de conclure l'opération ? Jusqu'à ce que cette volonté se manifeste il n'y aura pas de vente. L'idée de consentement implique qu'on se lie soi-même de manière à donner à son cocontractant pleine sécurité. Aussi l'article 1174 civ. dit-il : « Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition purement potestative de la part de celui qui s'oblige ».

151. — La seule condition purement potestative prohibée est celle de la part du débiteur, ainsi que le texte l'indique ; mais qu'arrive-t-il si le contractant est en même temps créancier et débiteur ?

Il est certain que l'obligation sous condition purement potestative est nulle si elle dépend de la volonté du débiteur, car dans ce cas il n'y a pas d'engagement, puisque le débiteur ne peut être tenu d'exécuter. On ne s'explique pas que le Code proclame une telle nullité ; il légifère contre le néant ; c'est d'inexistence qu'il faut parler.

152. — En général on s'accorde à reconnaître que le Code a suivi sur ce point la théorie de Pothier ⁽⁵⁾, qui distinguait les conditions simplement potestatives

(5) Pothier : Obligations, 205.

des conditions purement potestatives, pour ne prohiber que ces dernières. Seraient donc seules nulles, les obligations sous une condition purement potestative de la part du débiteur, c'est-à-dire celles dont la naissance dépend non d'un acte à accomplir par lui, mais de sa pure volonté.

Mais cette distinction a été interprétée de telle sorte qu'il n'existe plus aucun cas rentrant dans la catégorie des obligations sous condition simplement potestative. Au cas de la promesse de vente, l'obligation du stipulant serait une obligation sous condition simplement potestative, car les conditions de la vente sont fixées, et le stipulant ne se décidera pas arbitrairement, par sa seule volonté, mais en considération de ces conditions. La condition purement potestative deviendrait donc simplement potestative par le seul fait de son inclusion dans un contrat synallagmatique. Ce serait nier qu'il pût jamais y avoir de cas rentrant dans l'hypothèse de l'article 1174. Si le Code a voulu prohiber la volonté arbitraire comme source de l'obligation, il était inutile d'écrire l'article 1174. Une pareille volonté ne se rencontre jamais ; une décision est toujours motivée ; le contractant qui dit : « Je conclurai si je le veux » entend dire : « Je conclurai si à mon point de vue subjectif la prestation de mon cocontractant me paraît valoir ma propre prestation ».

153. — En réalité le Code contient sous la dénomination commune de condition potestative deux séries de cas bien distincts.

1° Ceux où le contrat est déjà conclu, mais où son exécution dépend d'un acte sérieux à accomplir par les parties. Me promets-tu telle somme si tu pars en voyage ? « Spondesne si in Capitolium ascenderis ? » Ici tous les éléments du contrat sont réunis ; celui-ci

dépend d'un fait possible et licite : c'est donc un contrat conditionnel pleinement obligatoire, sous la réserve que le fait, quoique volontaire, ne doit pas être à la discrétion du débiteur : il doit être tel que sous la pression des circonstances le débiteur puisse être contraint soit à l'accomplir, soit à l'empêcher. Ce n'est donc pas la condition « si je lève le bras ». Ceci est d'ailleurs dans une large mesure question d'appréciation pour chaque cas ; tant il est vrai qu'il est difficile de séparer la condition de l'éventualité.

2° Les cas où l'obligation dépend du consentement de l'obligé : « Spondesne si volueris » ? Il faut distinguer ici deux hypothèses :

A) Il y a contrat *unilatéral* et la naissance de l'obligation est subordonnée à la volonté de l'obligé. Le contrat n'existe pas en ce cas, puisque celui qui devait être obligé n'a pas consenti à l'être. C'est ce qu'a exprimé d'une façon défectueuse l'article 1174 en disant que toute obligation contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige, est nulle.

B) Le contrat est *synallagmatique*, et le fait que l'obligation de l'une des parties est volontaire n'empêche pas que le contrat soit conclu.

Par le fait qu'une partie ne conclura que si elle le veut, l'autre partie est elle-même dispensée d'exécuter pour l'instant. Son obligation existe, elle est liée dès maintenant, mais la prestation n'aura lieu que si l'autre partie effectue sa propre prestation. Un tel contrat ne porte en lui-même aucune cause de nullité ; mais ce n'est pas encore le contrat synallagmatique final ; comme l'un des contractants est mis à la disposition de l'autre, c'est un contrat unilatéral, c'est-à-dire un contrat où la partie obligée ne saurait, même en effectuant sa prestation, demander à l'autre partie ce à quoi elle ne s'est pas obligée.

154. — La conclusion que nous tirerons de ce qui précède à l'égard de la différence entre la condition et l'éventualité est la suivante : Il y a obligation conditionnelle chaque fois que l'exécution de l'obligation est soumise à un fait qui lui est extérieur, en sorte que la volonté des parties n'ait sur lui qu'un minimum de prise, d'ailleurs susceptible d'appréciation ; et cela non à cause d'une prétendue nécessité de perfection du contrat, mais pour que les parties n'aient plus à intervenir dans le contrat qui doit dérouler ses suites en dehors d'elles. Si par contre les contractants doivent intervenir au contrat soit pour donner ou parfaire leur adhésion, soit pour déterminer l'objet, il y aura éventualité.

155. — Notre solution ne cadre guère avec certaines situations où l'on reconnaît généralement l'existence d'une condition au pouvoir exclusif de l'une des parties. La principale de ces situations est constituée par la vente avec faculté de réméré, ou pacte de rachat.

C'est une convention par laquelle l'acheteur s'oblige à rendre la chose au vendeur moyennant la restitution du prix principal et divers remboursements accessoires, si le vendeur a manifesté sa volonté en ce sens dans un certain délai (art. 1659 et 1673 civ.).

On considère très fréquemment la vente à réméré comme une vente affectée d'une condition résolutoire. Certains auteurs la considèrent même comme le type de l'opération conditionnelle (6).

156. — Il faut avouer que dans le Code civil le nom de faculté de rachat ne correspond plus à la réalité des faits. Lorsque le vendeur manifeste sa volonté de racheter il y a, non pas conclusion d'une nouvelle

(6) Eygout : De l'effet rétroactif de la condition accomplie, *thèse Paris*, 1922, p. 30, n° 27.

vente, où cette fois le vendeur primitif jouerait le rôle d'acheteur, mais simple réalisation d'une condition résolutoire, avec ses effets habituels de rétroactivité à l'égard des tiers. La jurisprudence ne peut que suivre les règles formelles du Code.

Celui-ci a été inspiré, on le sait, par une pensée de méfiance à l'encontre des acheteurs à réméré. Le plus souvent l'opération est indiquée comme conclue pour un prix bien supérieur à celui réellement fixé, prix que le vendeur sera tenu de rembourser au moment du rachat, en sorte qu'il y a en réalité prêt sur gage usuraire. Les auteurs du Code ont voulu employer le régime le moins favorable à l'acheteur, afin d'empêcher celui-ci de se soustraire à l'exercice du réméré en constituant des droits réels au profit de tiers.

157. — Mais la solution du Code est en théorie critiquable, et en pratique inutile. L'exercice du rachat étant en effet à la discrétion du vendeur, il n'y a pas opération conditionnelle, mais vente pure et simple associée à une promesse de vente. Ce qui fait illusion, c'est que l'objet est identique entre le contrat pur et simple et le contrat éventuel accessoire, avec simple interversion du rôle des contractants, en sorte que si l'éventualité se réalise, les parties seront ramenées à la situation qu'elles avaient avant la conclusion du premier contrat.

Il faudrait traiter le pacte de rachat à l'égal de toute promesse de vente ; remarquons d'ailleurs que dans ce cas particulier la promesse de vente produit bien un effet rétroactif, ainsi que cela arrive dans le système que nous avons adopté. Si ce système était appliqué par la jurisprudence l'institution du réméré perdrait toute raison d'être tout en permettant d'obtenir les mêmes résultats pratiques.

158. — On ne peut que critiquer la tendance du Code et de la jurisprudence à appliquer une réglementation relevant de la condition à des situations qui n'ont rien de conditionnel, alors que la jurisprudence, soutenue par les auteurs, critique l'existence et l'application du principe de la rétroactivité de la condition. Nous espérons avoir montré que les règles en matière de condition, émises par le Code, cachent en réalité des principes d'une portée plus étendue qui doivent être appliqués d'une façon générale en matière de formation successive d'un contrat.

DEUXIÈME PARTIE

PRINCIPE ET CONSEQUENCES DE L'EFFET RETROACTIF DE LA CONDITION ACCOMPLIE EN DROIT CIVIL POSITIF

CHAPITRE PREMIER

LE PRINCIPE DE LA RETROACTIVITE ET SES EXPLICATIONS

159. — La réalisation d'une condition est susceptible, lorsqu'elle affecte un droit de propriété, de faire disparaître instantanément les droits réels ou les garanties réelles que des tiers ont pu se faire concéder par le propriétaire entre la date du contrat et celle de l'avènement de la condition. Inversement, le titulaire du droit conditionnel voit valider à leur date tous les droits qu'il a concédés sur la chose.

Le Code civil exprime cette règle, d'une manière indubitable, dans les articles 1179 et 1183, dont le premier déclare : « *La condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté...* » et dont le second exige, à l'avènement de la condition résolutoire, que « *l'obligation soit révoquée et que les choses soient remises au même état que si l'obligation n'avait pas existé* ».

160. — Le système du Code civil a été vivement critiqué par la presque universalité des auteurs. On s'accorde à dire qu'il ne correspond à aucune réalité sur le terrain du droit. Quoiqu'il en soit, nous avons vu, au cours de la première partie de cette étude, que ses effets étaient bienfaisants dans la pratique, et fort largement employés.

Nous nous proposons maintenant de rechercher l'origine de cette règle formelle ; ensuite nous examinerons les diverses explications qui en ont été données et nous verrons si, conformément aux idées que nous avons adoptées, il n'est pas possible de dégager du voile de la fiction une règle de portée générale.

SECTION I

LA RÉTROACTIVITÉ DE LA CONDITION EN DROIT ROMAIN

161. — Les conséquences qu'on attache de nos jours à l'effet rétroactif se retrouvent dans une certaine mesure dans la législation romaine. La plupart des romanistes actuels enseignent toutefois que la rétroactivité n'y était pas connue à titre de principe général ⁽¹⁾. On reconnaît un certain droit *sui generis* au créancier conditionnel, ou plutôt un espoir, une *spes debitum iri*.

Cela explique que l'obligation ait déjà une certaine existence avant l'avènement de la condition, notamment qu'il y ait transmission héréditaire de l'obligation conditionnelle alors que la condition est en suspens ⁽²⁾. Les textes montrent en outre que le créancier conditionnel peut prendre des mesures conservatoires dans l'intérêt de sa créance, et surtout que c'est au moment du contrat qu'il fallait se placer pour en apprécier les conséquences et la validité.

162. — Jusqu'où s'étend l'effet de ce droit ? L'hypothèse d'une existence de la rétroactivité semble con-

(1) Girard : Manuel, 6^e éd., p. 486 ; Chausse : De la rétroactivité dans les actes juridiques, *Rev. crit.* 1900, p. 529 et s. ; Cuq : Manuel, p. 397 et s.

(2) Paul, Dig. 18, 6 ; de Per, rei vend., 8 pr.

tre dite par les sources. Certains textes indiquent en effet les solutions suivantes, qui ne s'accordent pas avec l'idée de rétroactivité.

La stipulation conditionnelle d'une chose appartenant au stipulant est valable si le stipulant n'est plus propriétaire de la chose lors de l'arrivée de la condition ⁽³⁾. La vente sous condition d'une chose existante au moment du contrat est nulle si la chose vient à périr *pendente conditione* ⁽⁴⁾. L'usucapion ne court que du jour de l'avènement de la condition ⁽⁵⁾. Le donataire ne devient propriétaire qu'à l'avènement de la condition, jusque-là c'est le propriétaire qui le reste, etc., etc... ⁽⁶⁾.

163. — Devant ces solutions qui semblent aussi bien admettre la rétroactivité que la repousser, certains auteurs ont hésité. Notamment M. Girard se demande s'il n'y a pas lieu de supposer que les Romains ont connu les effets de la rétroactivité, mais sans l'idée de fiction. C'est à l'ouvrage de M. Bufnoir ⁽⁷⁾ qu'il faut se reporter si l'on veut connaître la physionomie de la condition dans le droit romain.

M. Bufnoir fait remarquer que les Romains, dans l'ancien droit, n'ont pas connu le transfert de propriété sous condition résolutoire. Il convient de se rappeler qu'en droit romain la création d'obligations et le transfert de propriété sont deux choses fort différentes ; la vente crée des obligations, mais le transfert de propriété n'a lieu qu'au moyen de l'un des différents modes d'acquisition en vigueur à Rome, ce

(3) Marcellus, Dig. 18, 1, de cont. empt. 61 (Girard, *op. cit.*, 486, note 4).

(4) Paul, Dig. 18, 6, de per. et comm. rei. vend., 8 pr. (Girard, *loc. cit.*).

(5) Paul, Dig. 41, 4, pro. empt. 2, 2 (Girard, *loc. cit.*).

(6) Julien, Dig. 39, 5, de donat. 1, pr. et 2, 5 (Bufnoir : De la Condition, p. 408-409).

(7) Bufnoir : Théorie de la Condition en Droit romain.

qui explique que le problème de la rétroactivité présentait moins d'intérêt à Rome que dans notre législation où création d'obligation et transfert de propriété sont tout un.

Dès la période classique, on était arrivé à reconnaître au profit des parties de la vente résolue une action personnelle résolutoire, qui était généralement une action du contrat ⁽⁸⁾.

164. — C'est une question classique de savoir si, à côté de cette action personnelle, le vendeur n'avait pas en même temps une action réelle. Cette action réelle lui permettrait de reprendre la chose en toutes mains, sans tenir compte des aliénations ni des constitutions de droits réels consenties par l'acquéreur, et aussi de la reprendre dans les mains de l'acquéreur insolvable sans avoir à subir le concours de ses créanciers. Il faut se rappeler cependant qu'à côté de ces avantages l'action réelle n'était pas sans présenter quelques infériorités sur l'action personnelle ; particulièrement l'acquéreur n'était tenu que s'il possédait ou avait cessé de posséder par dol, au lieu d'être responsable comme débiteur contractuel de sa faute légère, positive ou négative.

165. — Certains auteurs ont fait des distinctions entre les diverses clauses résolutoires adjointes à la vente, en reconnaissant l'effet réel pour certaines, telles que l'*addictio in diem*, et le contestant pour d'autres, telles que le *pactum displicentiae*, le *pactum de retrovendendo* et même la *lex commissoria*. En examinant distributivement les textes, on est conduit à écarter l'effet réel pour le *Pactum Displicentiae* où il

(8) V. Girard précité, p. 734.

est nié par un texte formel d'Ulpien⁽⁹⁾ et pour le *pactum de retrovendendo* où aucun texte ne l'indique⁽¹⁰⁾. Le problème se limite à la *lex commissoria* et à l'*addictio in diem*. On admet ici en général l'action réelle. Mais il faut se souvenir qu'en droit romain le vendeur demeure propriétaire tant qu'il n'a pas été payé. C'est ainsi qu'il faut expliquer l'action en revendication du vendeur dans ces deux cas. Il n'avait pas cessé d'être propriétaire⁽¹¹⁾.

166. — L'examen des textes conduit donc à dire qu'aucune de ces clauses n'entraînait en droit classique le retour de la propriété à l'acquéreur. C'est Justinien qui, en généralisant les textes relatifs à l'*in diem addictio* et à la *lex commissoria* et en interpolant les textes relatifs aux donations, a donné à la condition un effet réel.

167. — En matière de condition suspensive quelles furent les solutions romaines à l'égard de la rétroactivité ? Quelques textes l'ont admise⁽¹²⁾ ; elle sert surtout à faire produire au contrat certains effets, tels que la naissance d'une obligation contractée par une personne en puissance dans le patrimoine du titulaire de la puissance, même si le fils est devenu *sui juris* ou si l'esclave est devenu libre avant l'avènement de la condition.

(9) D. 20, 6, Quib. mod. 3.

(10) Bechmann : *Der Kauf*, p. 534, n° 1.

(11) Girard précité, p. 737, note 1.

(12) Gaius, D. 20, 4, Qui. pa. 11, 1, dit que l'avènement de la condition suspensive fait considérer le contrat comme pur et simple dès le début, et en tire cette conséquence que l'hypothèque garantissant une créance conditionnelle prend rang du jour de la convention d'hypothèque et non du jour de l'arrivée de la condition.

168. — On s'est beaucoup exagéré la valeur de cette règle ; nous avons montré que les solutions les plus importantes étaient contraires à la rétroactivité. Le célèbre texte de Gaius sur lequel on a prétendu fonder la rétroactivité et que nous venons de citer s'applique en réalité à une créance future. Aussi, devant la contradiction des différents textes, doit-on se convaincre que les Romains n'ont usé de la rétroactivité qu'à titre d'expédient, de correctif, en ignorant une théorie d'ensemble ; on considérait comme ayant une certaine existence les obligations conditionnelles et celles même où un élément essentiel manquait à l'obligation et, suivant les nécessités, on faisait pour chaque situation de droit remonter les effets plus ou moins loin dans le temps.

SECTION II

LA RÉTROACTIVITÉ DE LA CONDITION DANS L'ANCIEN DROIT

169. — Le droit romain n'ayant que partiellement élaboré une théorie de la rétroactivité, il convient de rechercher dans l'ancien droit l'origine de ce principe. Si les auteurs emploient ici plus fréquemment le terme de rétroactivité, ils ne semblent guère plus que les Romains être fixés sur sa portée exacte, et ne lui font généralement produire que des effets d'ordre pratique.

170. — *Domat* notamment, à qui on remonte toujours lorsqu'il s'agit d'établir la naissance d'une théorie moderne dans le droit coutumier, semble, dans certains passages, douter de l'existence du principe de la rétroactivité de la condition. Dans l'un de ces

passages il déclare : « Dans une vente conditionnelle, l'acheteur n'a cependant qu'une espérance sans aucun droit de jouir ni de prescrire. Mais le vendeur demeure le maître de la chose vendue, et les fruits sont à lui » ⁽¹³⁾. Et il ajoute : « L'événement de la condition a *quelquefois* un effet rétroactif : ainsi l'hypothèque stipulée dans une obligation conditionnelle aura son effet du jour de l'obligation, lorsque la condition sera arrivée » ⁽¹⁴⁾.

Dans un autre texte il reconnaît, accessoirement il est vrai, que la rétroactivité de la condition s'applique à l'obligation elle-même : « Si une hypothèque a été donnée pour sûreté d'une dette qui dépende de l'événement incertain d'une condition, celui qui pourra devenir créancier lorsque la condition sera arrivée, n'ayant pas encore son droit acquis, ne peut exercer son action pour l'hypothèque soit pour faire vendre le gage qui lui est affecté, ou pour demander d'en être mis en possession. Mais quand la condition sera arrivée, elle aura *cet effet qu'on appelle rétroactif, qui donne à l'obligation et à l'hypothèque leur force du jour de leur titre*, de même que s'il n'y avait point eu condition » ⁽¹⁵⁾.

On voit combien se retrouve chez Domat le souci d'ordre pratique d'assurer une date à la vente ou à l'hypothèque.

171. — *Ricard*, dans son *Traité des donations entre vifs et testamentaires*, parle de la règle de la rétroactivité et semble déjà donner l'explication de la résolution du droit des tiers par la maxime « *nemo plus transferre potest quam ipse habet* » : « *Les aliéna-*

(13) Domat : *Lois civiles*, I, titre I, section IV.

(14) Domat : *ibid.*, titre I, section IV, 7, en note.

(15) Domat : *ibid.*, titre I, section III, 17.

tions et les dispositions que l'héritier en fera (du legs) ne peuvent être qu'à la charge de la condition ; et la condition venant à échoir, le droit de celui qui a contracté avec l'héritier s'évanouit de plein droit et le légataire, après la condition ouverte, aura droit d'aller revendiquer l'héritage entre les mains de quiconque il se trouve ; il commencera à lui appartenir pour la propriété de la même façon que s'il avait commencé à le posséder du jour du décès du défunt... » (16).

172. — Nous trouvons la règle de la rétroactivité de la condition, considérée comme un principe dominant, chez *Furgole* ; celui-ci étudie les testaments mais il étend la règle aux obligations en général : « Tandis que la condition est pendante, les dispositions contractuelles sont imparfaites et presque comme si elles n'avaient pas été faites. Mais comme les parties sont liées par les conventions conditionnelles, et que, si la condition arrive, elle aura un effet rétroactif... » (17). Et il ajoute : « L'effet de la condition, lorsqu'elle arrive, est de remonter au jour du contrat dans les stipulations, au jour du décès du testateur dans les dispositions testamentaires ou à cause de mort » (18).

C'est *Furgole* qui, le premier, fait produire à la notion de condition les conséquences étendues qui seront adoptées par *Laurent* dans le droit moderne : Le propriétaire résolu par l'arrivée de la condition doit restituer les fruits perçus *pendente conditione*. Il fait toutefois une exception en faveur du propriétaire qui est de bonne foi, par exemple le donataire au cas de

(16) Ricard : *Traité, des Dispositions conditionnelles*, chap. V, section I, 183.

(17) *Furgole* : *Testaments*, chap. VII, section IV.

(18) *Furgole* : *ibid.*, 134.

révocation de la donation pour survenance d'enfant au donateur⁽¹⁹⁾. Mais ajoute-t-il, cela n'empêche pas le principe de la résolution rétroactive : « La condition résolutoire ne laisse pas d'avoir un effet rétroactif et de résoudre le contrat *ex tunc*, quoique dans plusieurs cas, les fruits demeurent à l'acheteur, ou autre possesseur dont le droit est résolu »⁽²⁰⁾.

173. — Comme on le sait, c'est à Pothier que les rédacteurs du Code ont emprunté la règle de la rétroactivité. La formule même de l'article 1179 se retrouve presque textuellement dans le n° 220 de son *Traité des Obligations* : « Cet accomplissement de la condition a un effet rétroactif au temps où l'engagement a été contracté, *et le droit qui résulte de l'engagement est censé avoir été acquis à celui envers qui il a été contracté dès le temps du contrat* ». L. 18, L. 144, § 1^{er}, de reg. juris.

Devant le caractère formel de ce texte, il semble qu'il n'y ait aucun doute possible sur le caractère de principe que Pothier prêtait à la rétroactivité. On a affirmé néanmoins quelquefois que Pothier n'avait voulu que rendre plus saisissants les effets du droit à l'encontre des tiers, ainsi qu'au point de vue de sa transmission héréditaire⁽²¹⁾. On a tiré argument en ce sens de la suite du n° 220 des Obligations, où Pothier déclare : « De là vient que si le créancier meurt avant l'existence de la condition, quoi qu'il n'eût point encore un droit de créance formé, mais une simple espérance, néanmoins, si la condition existe depuis sa mort, il sera censé avoir transmis à son héritier le droit de créance résultant de l'engagement contracté

(19) Furgole : *ibid.*, 141 et 142.

(20) Furgole : *ibid.*, 141.

(21) V. Demolombe, t. 25, n° 363; B.-L. et Barde : *Oblig.*, t. II, 839.

envers lui ; parce qu'au moyen de *l'effet rétroactif de la condition*, le droit sera censé lui avoir été acquis dès le temps du contrat, et par conséquent, avoir été transmis à son héritier ».

Or, disent les auteurs, la transmission du droit conditionnel s'explique suffisamment, sans la rétroactivité, par cette idée que l'acte juridique crée un lien de droit qui se transmet aux héritiers.

On oublie cependant que pour Pothier ainsi que pour les anciens auteurs, à l'exemple des Romains que nous avons cités, il n'y a point de droit tant que la condition n'est pas accomplie. La fiction de rétroactivité devient une pièce indispensable dans ce système ; comme il n'y a pas de droit, il n'y a pas de transmission possible aux héritiers à moins de se transporter par un artifice à l'époque de conclusion du contrat. L'idée que le droit conditionnel existe dès que le contrat est d'origine relativement moderne. « *Jusqu'à l'accomplissement de la condition*, dit Pothier, *il n'est rien dû*, mais il y a seulement espérance qu'il sera dû : *pendente conditione nondum debetur, sed spes est debitum iri* » ⁽²²⁾.

Il est incontestable que les anciens auteurs ont érigé en principe la rétroactivité de la condition, non seulement à l'égard des contrats conditionnels mais aussi à l'égard des créances futures, afin d'assurer la transmission héréditaire des droits et les effets de l'hypothèque, reprenant ainsi en les accentuant les solutions partielles des Romains en ce sens. L'assimilation des actes conditionnels et des actes dépendants d'un élément futur est donc très ancienne ; ce n'est que dans les temps modernes que les auteurs, frappés par le caractère étrange de la règle de rétroactivité, ont songé à la limiter aux cas strictement conditionnels.

(22) Obligations, 218.

SECTION III

LE CODE CIVIL : EXPLICATIONS DE LA RÉTROACTIVITÉ PAR LA DOCTRINE MODERNE

174. — Il est assez malaisé de grouper, en catégories, les opinions émises par les auteurs du Code à l'égard de la rétroactivité. Généralement, les auteurs ont recours à plusieurs explications du principe, quand ils ne les invoquent pas toutes simultanément.

Si on essaie d'opérer un départ entre des doctrines si diverses, on constate qu'elles peuvent se ramener à trois principales. Dans une première opinion, la rétroactivité serait fondée sur la préexistence de l'acte; dans une seconde elle serait fondée sur l'interprétation de la volonté des parties; enfin une dernière y voit simplement l'application d'une fiction légale.

Ces divers systèmes seront étudiés successivement en trois paragraphes différents.

175. — § 1^{er}. — *Système de la préexistence*. — D'après certains auteurs la rétroactivité de la condition se justifie parce que « la convention des parties, lors même qu'elle est conditionnelle, est parfaite dès le jour où elle a eu lieu » ⁽²³⁾. Le contrat s'est formé au moment même où il est intervenu, seulement il est conditionnel. L'acte est parfait dès le début, mais il est muni d'un élément supplémentaire et accessoire que les parties ont introduit, et qui, en bonne logique, ne doit retarder que l'exécution et non l'existence même du contrat.

(23) En ce sens : Demolombe, t. 25, p. 361, n° 377; Bufnoir : De la Condition, p. 367; Capitant : Introduction à l'étude du Droit civil, p. 285; B.-L. et Barde : Oblig., t. 2, p. 36; Laurent, t. 17, n° 78; Larombière, art. 1179.

C'est donc bien au jour de la convention que doivent remonter, *ex post facto*, les droits et obligations que cette convention a créés. L'acte existe bien, mais il ne produit pas d'effets ; un jour, la condition arrivant, il naîtra à la vie juridique ; mais il aura pré-existé, il aura eu une vie antérieure et cachée que l'arrivée de la condition vient révéler et confirmer.

Dès lors, si la condition arrive, il n'y a aucune différence avec l'obligation à terme : c'est une obligation dont l'exécution a été retardée, comme si le terme avait été incertain. Par contre, si la condition n'arrivait pas, aucune exécution ne sera possible, tout comme dans le cas de terme incertain.

Quand l'acte est fait sous condition résolutoire, on a recours au raisonnement qui voit dans l'acte résoluble un acte pur et simple accompagné d'un autre acte sous condition suspensive où les deux parties joueront un rôle opposé à celui qu'elles avaient joué dans le premier. Quand la condition s'accomplit, ce second acte, dont le but est de détruire les effets du premier, sera comme dans l'hypothèse précédente, censé avoir toujours existé (24).

176. — Il faut remarquer que dans ce système où la simultanéité des éléments de l'acte joue un rôle essentiel, cette simultanéité est à la fois nécessaire et suffisante pour lui faire produire ses effets : si l'un des éléments et défaillant, l'acte est non seulement incomplètement formé, mais il est inexistant et ne serait pas susceptible d'être confirmé même si cet élément apparaissait par la suite.

Ce point soulève une difficulté : comment expliquer la validité, en conformité avec cette théorie, des pro-

(24) Larombière propose même, en cas de doute, de considérer que la condition est résolutoire plutôt que suspensive, car le con-

messes unilatérales de contrat ? Une telle promesse est, nous le savons, un acte synallagmatique sous condition potestative de l'adhésion de l'une des parties.

Les partisans de ce système n'éprouvent aucune difficulté à résoudre ce problème. Il n'y a pas, déclarent-ils de véritable situation conditionnelle dans le cas de promesse unilatérale : la condition ne peut être insérée dans un acte, qu'autant qu'il est déjà formé dans tous ses éléments. En réalité, dans cette hypothèse, le système de la préexistence n'apparaît pas fondé, tout simplement parce qu'il n'y aurait pas contrat conditionnel.

177. — Cependant, ce raisonnement n'éclaircit nullement la question. On ne peut dire en effet que la promesse unilatérale soit un contrat pur et simple : on reconnaît qu'elle est dépourvue d'un élément essentiel. D'autre part, puisqu'un droit ne peut exister, d'après cette théorie même, que si les éléments de validité sont simultanément réunis, on écarte jusqu'à la possibilité d'un droit à formation successive. On est donc réduit à nier la possibilité de contracter une promesse unilatérale.

D'autre part, on ne peut que constater que cette théorie repose sur une conception des effets du droit conditionnel qui n'est qu'affirmée, mais nullement prouvée. Pourquoi dire que le droit préexiste, que les effets de l'acte se produisent immédiatement et virtuellement ? Ne serait-il pas plus naturel de dire que, malgré sa perfection, le contrat ne produira ses effets qu'à partir du moment où la situation voulue par les

trat doit en principe produire un effet pur et simple ; cette solution serait aussi conforme à la volonté présumée des parties (V. *loc. cit.*). Marcadé et Pont sont allés plus loin, en déclarant que le contrat existe toujours purement et simplement, quitte à être suivi d'un second contrat qui sera la confirmation ou la négation du premier (V. t. 4, n° 558).

parties se sera réalisée ? Ce système contient l'affirmation que la date où un contrat devient parfait a un rapport nécessaire avec la date où il faut faire prendre naissance aux droits conditionnels ⁽²⁵⁾.

178. — Il s'agit donc d'un système technique basé sur un rapport nécessaire entre la perfection du contrat et la naissance du droit. Dès lors, la rétroactivité étant une conséquence de rigueur, il faudra appliquer l'effet rétroactif de la condition aux actes d'administration et de jouissance. L'acquéreur conditionnel d'un bien ne sera pas tenu à son entrée en possession de respecter les baux et autres actes d'administration passés par son vendeur ⁽²⁶⁾. L'acquéreur pourra demander le remboursement des fruits perçus *pendente conditione* ⁽²⁷⁾. D'autre part, si un jugement a été rendu contre l'aliénateur sous condition, il ne sera pas opposable à l'acquéreur.

180. — Cette explication est basée sur un principe technique contestable et ne tient aucun compte des réalités pratiques. Elle doit être rejetée, et n'est pas d'ailleurs prise en considération par les auteurs récents.

181. — § 2. — *Système de la volonté présumée des parties.* — D'après ce système la règle du Code serait inspirée de la volonté présumée des contractants.

(25) En ce sens : Huc, t. 7, p. 341, et Baudry et Barde : *Oblig.*, t. II, p. 37.

(26) Laurent, t. 17, n° 82; Huc, t. 7, n° 3-7; *Contra* : Baudry et Barde, t. 2, p. 44; Aubry et Rau, t. 4, p. 72; Larombière, t. 2, p. 500; Demolombe, t. 25, n° 499.

(27) Pour la non restitution des fruits : Demolombe, t. 25, n° 401; Colmet de Santerre, t. 1, n° 98 *bis*, 2; Baudry et Barde, *op. cit.*, t. 2, p. 45; Aubry et Rau, t. 4, p. 123.

Pour la restitution des fruits à l'acquéreur : Laurent, t. 17, p. 84; Huc, t. 7, n° 258; Marcadé, t. 4, p. 468.

Ceux-ci, en contractant sous condition, c'est-à-dire en subordonnant leur contrat à l'arrivée d'un événement futur et incertain, ont voulu vraisemblablement se lier de la même façon que si, dans la certitude de cette arrivée, ils avaient fait ce jour-là un contrat pur et simple. Autrement ils auraient attendu pour contracter l'arrivée de l'événement envisagé ⁽²⁸⁾.

182. — Il y a certainement dans ce système une part de vérité :

Si l'on reconnaît un intérêt pratique à une institution, cela équivaut à présumer qu'elle est conforme à la volonté des parties, lorsque celles-ci n'ont pas formellement stipulé le contraire. Mais en l'occurrence le système soulève de nombreuses objections, tant du point de vue des principes généraux que du point de vue des applications.

En se plaçant au point de vue des principes, on peut se demander, si la règle de la rétroactivité ne relève que de la volonté des contractants, comment cette volonté peut éteindre les droits des tiers. Il serait compréhensible qu'entre elles les parties convinssent de se placer au moment de leur choix. Mais l'on admet que le vendeur sous condition suspensive, ou l'acheteur sous condition résolutoire, ont, avant l'accomplissement de la condition, la propriété pleine et entière du bien vendu. Si cette propriété a été cédée, le tiers acquéreur a, lui aussi, un droit de propriété complet. Il est impossible de dire que le droit du tiers est résolu, sans se référer en même temps à une règle, cette fois impérative, de la loi. On retombe ainsi dans la théorie de la fiction légale.

183. — Du point de vue des applications qu'on fait de ce système, on doit constater deux choses : 1° On

(28) V. Laurent, t. 17, n° 78; Huc, t. 7, p. 340.

interprète la volonté des parties d'une manière purement divinatoire ; 2° On s'éloigne des conséquences pratiques qui peuvent résulter de la rétroactivité, et on fait produire ainsi à la règle des effets qui ne sont pas basés sur des interprétations de volonté.

1° Il est fort douteux que les contractants conditionnels, par cela seul qu'ils ont contracté sous condition, aient voulu se reporter dans le passé jusqu'au jour du contrat pour déterminer à tous les points de vue leur situation réciproque. Si cela est vrai peut-être pour la cession aux tiers de droits réels sur le bien, tant que la condition ne s'est pas réalisée, nous savons que c'est là justement l'effet qui est inexplicable par une simple émission de volontés. On peut tenir au contraire pour certain que la volonté des contractants n'est pas de reporter l'obligation au moment du contrat ni en ce qui concerne les fruits ni en ce qui concerne les actes d'administration. La seule intention qu'on doive raisonnablement leur prêter est celle de reculer ces effets du contrat jusqu'à ce que la condition arrive.

2° Il faudrait s'entendre sur l'idée qu'on se fait de la volonté des parties. Si la rétroactivité est une simple règle interprétative, il faut reconnaître aux parties le pouvoir d'y déroger. Or les auteurs qui acceptent cette explication n'en tirent pas moins la conclusion que la règle est impérative. De plus, ils adoptent les solutions contraires à l'intention des parties, que nous venons de signaler (29).

Il y a au moins un cas dans lequel il est manifeste que les contractants n'ont pas voulu que le contrat produise effet dès sa formation : quand celui-ci est affecté d'une condition *potestative*. On a néanmoins

(29) V. Laurent, t. 17, n° 78; Huc, t. 7, p. 340.

affirmé que la rétroactivité devait s'y appliquer⁽³⁰⁾.

184. — Un dernier point : Puisque l'on admet qu'un contrat peut rétroagir simplement parce que les contractants l'ont voulu, il n'y a aucune raison de limiter cette faculté aux contrats conditionnels. Il faudrait aussi bien admettre cette faculté pour les contrats éventuels.

Particulièrement les contractants devraient pouvoir faire rétroagir la vente d'un objet futur ou une promesse de vente. On nie cependant cette possibilité, car, dit-on, il n'y a pas encore contrat formé.

Ce système de l'intention présumée des parties, qui est à première vue le plus naturel et le plus compréhensible, se réduit ainsi à une simple pétition de principe : la condition doit rétroagir parce qu'elle doit produire des effets utiles.

A l'analyse il ne peut se défendre que si l'on accepte à l'avance les deux autres systèmes qu'il prétend remplacer : celui de la fiction et celui de la préexistence du contrat.

185. — § 3. — *Système de la fiction légale.* — Parmi les auteurs qui se bornent à interpréter la rétroactivité comme une fiction, nous trouvons, ainsi que nous l'avons vu, deux anciens auteurs, Domat et Pothier. Pour eux, il y avait bien fiction, car l'effet qu'ils faisaient produire à la condition était réellement inexplicable dès lors que le contrat ne pouvait se former avant de réunir tous ses éléments.

Qu'entend-on en droit moderne par fiction ?

Il y a là à vrai dire une équivoque⁽³¹⁾.

(30) V. Huc précité.

(31) Voyez sur le rôle juridique de la fiction : De la fiction comme procédé juridique, par L. Lecoq, *thèse Paris*, 1914; Les fictions de contrats dans le Code civil et depuis le Code civil, par J. Meynau, *thèse Montpellier*, 1924.

186. — La fiction peut avoir un rôle original, un rôle créateur, c'est en ce sens qu'elle était employée à Rome par le préteur. Elle ne consiste dans ce cas que dans l'application des principes généraux à des cas particuliers non prévus par la loi. Cela peut se comprendre dans une législation où, comme à Rome, la loi ne donne pas en principe de solutions générales ; c'est le rôle du juge d'étendre la règle aux situations qui présentent des caractères d'analogie.

Entendre ainsi la fiction ne peut être l'œuvre de la loi ; ce n'est pas une dérogation à un principe de droit, mais l'application d'un principe de droit à une situation de fait ⁽³²⁾.

187. — La fiction peut avoir par contre, ou paraître à avoir, une valeur explicative : Devant une solution dont elle ne peut donner la raison d'être, la doctrine affirmerait simplement : c'est une fiction de la loi.

On ne saurait suffisamment s'élever contre une telle conception. Ce n'est pas là en premier lieu une explication : c'est remplacer l'explication par son apparence. Dire que la rétroactivité est une fiction de la loi, c'est dire que la règle positive de droit existe, mais qu'on ne saurait en donner la justification. C'est prêter à une règle arbitraire un certain pouvoir, tout en admettant qu'elle est contraire aux principes.

Mais une telle interprétation du rôle de la fiction est inadmissible et absurde. Si l'on admet qu'il est suffisant que la loi édicte certaines dispositions pour qu'ensuite on en recommande l'application, on nie par là même tout intérêt et toute utilité à la science du droit. La doctrine doit jouer un rôle critique, qui est sa

(32) V. Toullier, t. IV, n° 189 : « ...La fiction... est la supposition d'un fait contraire à la vérité. Elle est indigne de la majesté du législateur ; il n'a pas besoin de feindre, il commande.

seule raison d'être. Placée devant une règle législative contraire à la raison, elle doit la rejeter. Elle déchoit et reconnaît sa propre inutilité si après avoir reconnu le caractère illogique d'une règle elle plaide pour son maintien et ne s'occupe que d'en tirer des conséquences pratiques ⁽³³⁾.

Si la fiction légale peut jouer un rôle dans le droit, ce n'est, si l'on nous permet cette métaphore, qu'à l'égal de certains symptômes qui avertissent une personne de sa maladie : elle indique que les conséquences qu'on fait produire aux principes ne sont plus suffisantes pour satisfaire les nécessités de la vie juridique. Nous ne pouvons que renvoyer sur ce point aux développements pénétrants que lui a consacrés M. Demogue ⁽³⁴⁾, dont nous citerons ces quelques lignes : « La fiction n'est en réalité, comme toute construction juridique, qu'une traduction imparfaite de certains besoins pratiques » ⁽³⁵⁾.

188. — Nous signalerons ici qu'on peut entendre par fiction une simple habitude de langage, afin de rendre plus saisissants certains principes. Dans ce cas elle a simplement la valeur d'une image : c'est le seul point de vue d'où on saurait admettre l'existence d'une fiction. Mais ce n'est pas là l'élever au rang d'institution juridique ; aussi n'insisterons-nous pas sur ce point.

(33) Les partisans les plus convaincus de la fiction, ceux qui en usent le plus fréquemment, sentent et expriment la nécessité de donner au droit une base raisonnable. Par exemple, Laurent, voulant rendre compte de la rétroactivité au jour de la demande des effets du jugement qui prononce la séparation de biens, écrit : « La séparation de biens établit un nouveau régime entre les époux : conçoit-on qu'il y ait deux régimes à partir de la demande, la séparation de biens entre époux et la communauté à l'égard des tiers ? *C'est une impossibilité logique et juridique* » (t. 22, n° 336).

(34) Demogue : *Notions fondamentales de Droit privé*.

(35) Demogue précité, p. 246.

189. — On peut se demander, en second lieu, quelle étendue et quelle nature les auteurs ont prêté à la fiction dans le cas particulier de la rétroactivité. Le défaut de spécification est ici particulièrement sensible, ainsi que cela a été relevé par un auteur récent, M. Leloutre⁽³⁶⁾.

Est-ce qu'on considère que la loi a voulu que la condition soit, lors de son arrivée, fictivement réputée être arrivée au moment de l'entente entre les parties ? Est-ce au contraire la naissance de l'acte qui sera réputée réalisée antérieurement à sa naissance réelle ? Aucun de ces systèmes ne suffit à justifier les conséquences qu'on en déduit.

190. — On admet généralement que, l'objet venant à périr *pendente conditione*, le contrat conditionnel ne peut se former faute d'objet. Il est impossible d'expliquer cette solution en disant que seule la condition rétroagit au moment du contrat, car si la condition est réputée s'être réalisée dès le principe, il aura suffi, pour que la vente se forme, que l'objet existe à ce moment.

191. — Si l'on admet par contre que la fiction consiste à déplacer la date de l'acte tout entier, qui ne sera formé en réalité qu'à l'arrivée de la condition, il est impossible d'expliquer que l'acte produise effet contre les tiers. Car le tiers, ayant alors acquis un droit opposable à tous sur le bien qui fait l'objet du contrat conditionnel, ne pourra se voir opposer un droit postérieur en date. D'autre part, pour que l'acte puisse rétroagir, il devra d'abord s'être formé ; or si l'objet a été aliéné, il n'y aura plus de formation possible, par manque d'objet.

(36) Leloutre: *thèse précitée*, p. 97 et s.

192. — Les auteurs, devant la carence de cette théorie, ne peuvent qu'affirmer généralement que l'application en doit être restreinte dans la mesure du possible, et réservée aux seules situations que la loi a vraisemblablement voulues⁽³⁷⁾.

Cette interprétation est manifestement contraire à l'intention de la loi : c'est bien un principe général qui a été posé par l'article 1179. Il faut le rejeter tout entier, ou bien il faut dégager la nature de ce principe.

Le système de la fiction doit donc être abandonné comme dangereux, faux et inutile.

SECTION IV

ESSAI D'UNE EXPLICATION DE LA RÉTROACTIVITÉ DE LA CONDITION

193. — L'intérêt véritable de la théorie de la rétroactivité se trouve cantonné dans ses dispositions relatives aux tiers. Que les parties décident dans leur convention que, la condition étant arrivée, les fruits resteront à l'aliénateur ou au contraire seront remis à l'acquéreur, cela ne dépasse pas les limites de leur pouvoir de contracter, et on comprendrait même qu'à défaut d'une entente sur ce point, la loi créât telle ou telle présomption. Ce qui est inexplicable, c'est que les actes de disposition disparaissent ; et ils ne sont pas seulement annulés, ils sont résolus. Ce n'est pas seulement pour l'avenir que l'arrivée de la condition ferait disparaître les droits du propriétaire du bien

(37) Demante et Colmet de Santerre, 2^e éd., t. 5, p. 153 et s.; Aubry et Rau, t. 4, p. 116; B.-L. et Barde: Oblig., t. 2, n° 809, 1, *in fine*.

qui est l'objet d'une vente conditionnelle, mais aussi dans le passé, en sorte qu'il ne serait tenu aucun compte des actes d'administration qu'il aurait pu passer.

194. — Quand les auteurs veulent rendre compte de ce droit diminué, car menacé de disparition, qui appartient à celui qui acquiert un droit pur et simple sur la chose déjà frappée d'un droit sous condition, ils invoquent généralement la maxime : « *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* ». Le système est simple : puisque l'aliénateur n'avait, lui-même, qu'un droit affecté de disparition, l'acquéreur ne pourra, lui non plus, avoir un droit plus étendu⁽³⁸⁾.

Rien ne serait plus simple en effet si on accordait un droit réel à l'acquéreur sous condition ; mais les auteurs négligent ici de rappeler que selon eux celui qui traite sous condition a un simple droit *sur le consentement* du débiteur, un droit personnel⁽³⁹⁾.

Dès lors, le propriétaire doit pouvoir valablement transmettre la propriété qui est demeurée intacte entre ses mains. Il a engagé son fait, mais non pas son bien.

195. — De même la maxime « *nemo plus juris...* » est inapplicable quand il s'agit d'expliquer pourquoi il y a *résolution* ; si on l'appliquait il faudrait bien admettre que le droit des tiers tombe pour l'avenir, mais comment serait-il annulé en rapport aux actes

(38) Colin et Capitant, t. 2, p. 167.

(39) Celui qui aliène sous condition suspensive contracte une simple obligation de livrer ; si la chose vient à périr *pendente conditione*, l'obligation doit être considérée non comme éteinte mais comme n'ayant jamais existé. V. Aubry et Rau, t. 4, § 302, p. 111 ; Huc, t. 7, p. 24 ; Colmet de Santerre, t. 5, n^{os} 101 et s.

d'administration que le tiers a pu accomplir ? On retombe une fois de plus dans la fiction.

196. — Après s'être placé aux divers points de vue de la doctrine, on ne peut que constater l'existence du dilemme suivant: L'effet rétroactif de la condition ne peut recevoir aucune justification, et il doit disparaître ; mais l'effet rétroactif est indispensable pour produire certains effets, et il doit être maintenu.

Les solutions législatives, doctrinales et même jurisprudentielles récentes ne peuvent qu'enregistrer l'hésitation entre les deux branches de ce dilemme. On se plaint souvent à répéter que les Codes récents font plus état de la rétroactivité que d'une façon très restreinte. On cite fréquemment à ce sujet le Code fédéral suisse et le Code allemand des Obligations. Nous ne rapporterons pas ici en détail les solutions de la loi suisse et allemande ; disons seulement que le Code suisse met la rétroactivité à la discrétion des parties, qui peuvent faire produire cet effet à leur contrat, si elles le veulent (art. 171), et que le Code allemand annule les actes de disposition nuisibles à l'acquéreur conditionnel (art. 159). C'est bien là, en fait, reconnaître que la rétroactivité est nécessaire, et on peut dire que ces législations ne font qu'éluder la difficulté.

197. — L'hésitation de la doctrine moderne, quant aux auteurs qui ne se bornent pas à enregistrer la règle en tant que fait, est remarquable et se manifeste dans les thèses dites de la non-rétroactivité. Après avoir posé comme principe que le contrat non formé ne peut produire d'effets, ces auteurs s'ingénient à chercher un moyen pour restreindre malgré tout le droit de disposition du vendeur sous condition. C'est ainsi qu'on a voulu dire que celui qui aliène sous con-

dition perdait sa capacité de contracter sur le bien, ou encore que le bien vendu était frappé d'une inaliénabilité contractuelle.

L'incapacité est une notion qui n'a rien à voir en cette matière. Une incapacité ne peut se concevoir que comme une restriction de disposer à l'égard d'une catégorie générale de biens, et non d'un bien particulier. Au surplus, elle ne saurait se fonder que sur un texte spécial de la loi ⁽⁴⁰⁾.

198. — Quant à l'opinion qui veut interpréter le contrat conditionnel comme établissant une clause d'inaliénabilité tacite du bien entre les mains du vendeur, on peut remarquer que c'est bien là une fiction au premier chef. Il est inutile de contester le principe de la rétroactivité pour le remplacer par une interprétation artificielle. Enfin ce système ne saurait être admis pour une raison juridique : on sait que l'inaliénabilité contractuelle — dont le principe d'ailleurs est extrêmement contesté, et qui, en elle-même, représente une exception de création purement jurisprudentielle ⁽⁴¹⁾ — ne peut en tout état de cause être constituée qu'à l'occasion d'une aliénation. Le propriétaire ne saurait frapper son bien d'inaliénabilité entre ses propres mains ; une telle convention serait radicalement nulle ⁽⁴²⁾. Il faudrait supposer qu'il y a eu réellement vente, et on retomberait une fois de plus dans la fiction. Sinon il faudrait admettre que le propriétaire puisse s'interdire d'aliéner ou d'hypothéquer, par une simple signature.

199. — La jurisprudence enfin rétablit la balance entre les théories de la rétroactivité et de la non-ré-

(40) Voyez une discussion plus étendue dans l'article de M. Leloutre, *Rév. trim. de Dr. civil*, 1907, p. 753 et s.

(41) V. S. 1904, 1, 225, note Tissier; Planiol et Ripert, n° 2347.

(42) V. Josserand, t. 1, note n° 1842.

troactivité de la condition. Selon elle l'acquéreur conditionnel possède un droit ; quoique ce droit naisse « d'une obligation qui n'existe pas d'une façon définitive... celui qui est appelé à en recueillir le bénéfice n'en est pas moins investi d'un droit éventuel... » (43). Quelle est la force de ce droit ? La jurisprudence ne précise pas s'il s'agit d'un droit réel ou personnel, mais il n'y a aucun doute que, le cas échéant, la jurisprudence, suivant la majorité de la doctrine, déclarerait que ce droit est personnel comme portant sur le consentement du débiteur. Pour admettre l'opposabilité aux tiers, il faudrait encore supposer la fiction ; mais on n'en affirme pas moins qu'il y a rétroactivité parce qu'il y a droit du créancier.

En application de ce principe que la rétroactivité ne doit produire que des effets d'ordre pratique, la jurisprudence décide que les parties peuvent l'écarter quand elles le veulent (44). C'est dire que l'effet rétroactif n'est pas une conséquence nécessaire et inéluctable de la perfection du contrat ; c'est rejeter la théorie de la préexistence, et décider que la rétroactivité n'est pas d'ordre public.

200. — Nous nous trouvons donc en présence d'un système injustifiable en doctrine, qu'on ne peut cependant rejeter puisqu'il est nécessaire à la sécurité des transactions. Ce système a été pratiqué de tous temps, dans toutes les législations, depuis l'abolition du formalisme, et n'a jamais reçu une explication satisfaisante. Il convient donc de faire table rase de toutes les théories que nous avons étudiées et d'essayer de définir les effets de la condition accomplie

(43) V. Paris, 21 oct. 1902, D. 1903, 2, 121.

(44) Cass. req., 10 fév. 1925, S. 1925, 1, 61. — En l'espèce il s'agissait d'une condition suspensive, mais la solution devrait à plus forte raison être étendue à la condition résolutoire.

en nous inspirant des principes généraux en matière de formation de contrats successifs, que nous avons dégagés précédemment.

201. — Nous constaterons d'abord que la rétroactivité ne peut s'exercer qu'à l'encontre des droits réels, ou pour employer une notion plus compréhensive, des actes de disposition qui ont été accomplis par le propriétaire *pendente conditione*. Seuls les droits réels sont en effet susceptibles de se transmettre sans disparaître. Seuls ils peuvent être recherchés dans le patrimoine d'un tiers où ils existent sans se confondre aux autres éléments de ce patrimoine. Considérons au contraire le droit personnel : c'est à la charge d'un tiers, l'obligation de donner, de faire ou de ne pas faire. Quel est le droit de l'acquéreur conditionnel d'une telle obligation ? De deux choses l'une : Ou bien le débiteur s'est acquitté avant l'arrivée de la condition entre les mains du cédant, il est libéré, et il ne sera plus possible d'agir contre lui ; l'obligation ne peut même se former, son objet étant disparu ; ou bien le débiteur ne s'est pas encore libéré, et alors l'acquéreur conditionnel a le droit d'exiger sa prestation ; mais quel est l'intérêt de faire intervenir la rétroactivité ? On a remarqué, il est vrai, qu'ici l'intérêt consistait dans l'attribution des fruits, le cédant d'une créance par exemple devant restituer les intérêts depuis le jour du contrat lorsque la condition arrive. Mais on sait que cette solution est généralement repoussée ; on admet que le cédant conserve valablement les fruits⁽⁴⁵⁾. Sans développer dès à présent les raisons qui justifient cette règle, disons qu'à notre avis l'attribution des fruits est en tout état de cause dépendante de la volonté des parties. Nous ne

(45) V. *infra*, n^{os} 224 et s.

croyons pas que les partisans même de l'opinion qui voit dans la rétroactivité de la condition une loi du contrat, songent à annuler une clause qui attribuerait au cédant les fruits de la créance jusqu'à l'arrivée de la condition; il est licite aux parties de passer entre elles telle convention qui leur convient. Et disons que cette disposition est sous-entendue en principe chaque fois que la cession a été consentie moyennant un prix ; car supposant que le cédant doive les intérêts de la créance, le cessionnaire devra les intérêts du prix, et ces deux prestations seront supposées s'équilibrer. Toutefois il y a un cas où il y a intérêt à parler de rétroactivité : quand celui qui consent une cession conditionnelle, consent postérieurement une cession pure et simple. Dans ce cas, le conflit entre les deux cessionnaires sera résolu en faveur de celui qui a opéré la signification le premier, même si la condition survient postérieurement à la seconde cession. Il y a ici moins une application de la rétroactivité que l'affirmation dans les termes de la loi d'un droit qu'il y aurait fraude pour les tiers à transgresser. Mais la rétroactivité avec ses effets propres, résolution de droit et suspension de la prescription ne peut exister qu'en matière de droits réels.

202. — Si maintenant nous considérons les solutions données en matière d'acte d'administration, nous constatons que la solution est la même ; nul ne songe à dire que les actes de conservation accomplis par le créancier intermédiaire, l'assurance contractée sur la chose, etc., soient annulés, ni aucun acte d'administration qui ne touche à la substance même du droit de l'acquéreur ou du créancier conditionnel ⁽⁴⁶⁾.

(46) V. *infra*, nos 222 et 223.

203. — Dès lors, il est inexact de dire que la rétroactivité place l'acquéreur conditionnel dans une situation semblable à celle où il se trouverait s'il avait traité purement et simplement au jour du contrat ; en fait avec le système même du Code civil, il n'acquiert la propriété pleine et entière que du jour de la réalisation de la condition. Il n'y a donc pas d'abord des droits valables établis sur la chose, qui, par une fiction, disparaissent sans laisser de traces, et ensuite des droits qui, par une fiction, sont censés exister depuis le jour du contrat ; il y a deux droits de propriété pleinement valables qui se succèdent.

204. — Nous avons ainsi établi que la rétroactivité n'est autre chose que la faculté pour le titulaire d'un droit réel conditionnel de voir exécuter ce droit *le jour où la condition arrive*, mais comme s'il avait pris date au jour du contrat. C'est la création par le contrat même d'un droit, mais qui ne peut être exécuté que si des circonstances prévues s'accomplissent ⁽⁴⁷⁾. En d'autres termes, il y a création au moment du contrat d'un droit de propriété immatériel au profit de l'acheteur sous condition suspensive.

Quelles sont les objections qui peuvent être soulevées à l'encontre d'un tel droit accordé à celui qui contracte sous condition ? On peut imaginer des objections tirées des principes, et aussi des objections de texte.

205. — Nous avons déjà signalé et, espérons-nous, réfuté, les arguments tirés de la nécessité d'une for-

(47) Il faudrait cependant considérer à l'égal des droits réels certains droits dont la nature est encore mal connue et qui reçoivent une protection légale qui les apparente à la propriété : les droits de l'auteur d'une œuvre scientifique, artistique ou littéraire. — V. Cass. civ., 18 mars 1929, S. 1929, 1, 211.

mation instantanée des contrats, ainsi que de l'impossibilité de concevoir un droit réel éventuel. Nous n'y reviendrons pas. Mais on pourrait douter quelquefois que le système de la propriété en droit français puisse permettre sa division en propriété éventuelle et propriété réelle.

Il n'en est pas ainsi pourtant ; la propriété n'est pas par sa nature un droit indivisible et éternel. Le contrat conditionnel opère bien immédiatement une division de la propriété entre les contractants, en ce sens que l'aliénateur garde la propriété, mais à titre temporaire, et que l'acquéreur acquiert le droit éternel de propriété, mais seulement quand le droit temporaire de l'aliénateur sera expiré. A la différence du droit romain, le droit moderne admet que la propriété puisse être constituée *ad tempus* (48).

206. — Il faut maintenant mettre d'accord cette interprétation tirée de la réalité des faits avec les textes du Code.

Le Code, dit-on, n'a pas voulu seulement assurer un droit contre les tiers au créancier de l'obligation conditionnelle, il a exprimé d'une façon générale que « la condition a un effet rétroactif au jour où elle a été contractée... » (art. 1179) et il a ajouté que la condition résolutoire est « celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation, et qui remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé ». Il a nettement exprimé que, la condition étant survenue, tout devait se passer comme si l'obligation avait été pure et simple depuis le début.

Il nous semble acquis, en effet, que les rédacteurs du Code ne se sont pas représenté une manière par-

(48) Demogue : Des droits éventuels, *Revue trimestrielle*, 1906, p. 731 et s.; Chausse, *Revue critique*, 1900, p. 530 et s.

ticulière de formation du contrat, la formation successive. Ils ont bien plutôt repris, dans l'article 1179, la solution traditionnelle qui leur venait de Rome. D'ailleurs l'article 1179 ne poursuit-il pas : « Si le créancier est mort avant l'accomplissement de la condition, ses droits passent à son héritier ».

C'est bien là la preuve que les rédacteurs du Code ne pensaient, comme les anciens auteurs, qu'aux effets d'ordre pratique dont la recherche était désirable. C'est une règle pratique que le Code a posée, et les différentes solutions doivent être fournies, croyons-nous, en fonction de ces intérêts. Si la règle dérogaire aux principes existe, elle n'existe que dans la mesure où des intérêts l'exigent. Et c'est bien dans cet esprit que les rédacteurs du Code l'ont entendue puisqu'ils ont eux-mêmes renoncé à en faire état dans la question des risques⁽⁴⁹⁾.

Passons cependant sur cette vue particulière; demandons-nous simplement si les textes sont en désaccord formel avec notre explication. Nous ne le croyons pas. Si l'on nous reprochait malgré tout de déformer le sens des textes, nous pourrions répondre que ce qui importe est de dégager ce que l'on croit être le véritable sens d'une institution, dût-on pour cela aller contre les textes et en demander la modification. C'est là le véritable rôle qui incombe à la doctrine.

207. — En l'espèce présente il n'y a aucun désaccord. Le Code précise les effets du droit du créancier conditionnel, sans en mentionner la cause. Il est loisible de faire état de cette cause et d'approfondir ces effets en disant : Lorsqu'un droit conditionnel a été constitué, et que ce droit porte sur une chose, l'arri-

(49) En ce sens : Demogue : Valeur et base de la notion de rétroactivité, *Stud. ded. a G. del Vecchio*, t. 1, p. 163.

vée de la condition rend exécutoire ce droit qui existait dès l'instant de sa constitution.

208. — Le texte du Code est en réalité une fiction ; mais ce n'est pas la fiction nocive et inutile qu'on y voit généralement ; c'est un procédé technique par lequel il souligne les effets de l'institution. C'est la mise en valeur du but à atteindre par l'institution, qui ne dépend pas des termes propres du Code, et que les rédacteurs de celui-ci n'ont peut-être pas aperçu. Une telle fiction est parfaitement admissible, car, au lieu de créer une exception, elle confirme et élargit l'existence des principes généraux ⁽⁵⁰⁾.

Nous ne pouvons mieux faire, à titre de conclusion, que de citer ces quelques lignes d'Jhering : « Une disposition peut faussement se présenter comme une exception sans en être une en réalité, et il suffit pour s'en convaincre *de comprendre plus exactement le principe*. Il n'est pas rare même qu'historiquement, c'est-à-dire vis-à-vis du droit ancien, une disposition soit une véritable exception, tandis qu'au fond elle ne contient autre chose qu'une simple modification du principe ancien, si bien qu'il suffirait de donner à celui-ci une autre forme pour faire disparaître toute idée d'exception. L'exception n'est souvent que la forme sous laquelle la règle s'élargit et se complète » ⁽⁵¹⁾.

(50) En ce sens : Demogue, Valeur et base de la notion de rétroactivité, précité.

(51) Jhering : Esprit du Droit romain, trad. Meulenaere, t. 3, § 46, p. 68 et s.

CHAPITRE II

CONSEQUENCES DE L'EFFET RETROACTIF DE LA CONDITION

209. — Sous la réserve que nous avons déjà exprimée de son application uniquement aux droits réels, l'effet rétroactif de la condition a une portée générale; c'est-à-dire qu'il s'applique à toutes les variétés de condition, suspensive et résolutoire, casuelle, mixte ou potestative.

En ce qui concerne *la condition résolutoire*, elle doit être assimilée à la condition suspensive du point de vue de la rétroactivité, pour une double raison : En premier lieu, la loi le prévoit expressément ; ensuite, contrairement au texte du Code qui, ici encore, ne semble pas avoir une valeur théorique décisive, la condition résolutoire n'est autre chose qu'une condition suspensive affectant *l'extinction de l'obligation*.

On dit souvent que la condition résolutoire est un complément indispensable de la condition suspensive, en ce sens que, si un bien existe dans un patrimoine sous l'une de ces conditions, il devra nécessairement se trouver dans un autre patrimoine, sous la condition opposée (1).

Ceci n'est pas toujours exact. En effet, ce qui est suspendu ce n'est pas la naissance ou la formation du

(1) Demolombe, t. 25, n° 281 et 408; Laurent, t. 17, n° 80 et 81; Labbé, note s. Paris, 12 août 1871, S. 1871, 2, 193; B.-L. Barde, Oblig., t. 2, n° 775; Planiol, t. 2, n° 2350.

contrat, qui existe dans tous les cas ; ce sont simplement ses effets, les obligations des parties. Or ces obligations peuvent parfaitement exister sous condition suspensive à l'égard de toutes les parties en cause ⁽²⁾.

Il n'existe en réalité qu'une seule condition en tant que modalité ; mais elle peut suspendre l'obligation de défaire l'acte, au lieu de celle de l'exécuter. Une vente sous condition résolutoire doit être interprétée comme une vente pure et simple suivie d'une revente inverse sous condition suspensive ⁽³⁾.

210. — Cependant, dans la pratique, la distinction du Code est utile, en tant qu'elle exprime la différence d'effets suivant que la condition est suspensive ou résolutoire. Notons aussi un intérêt d'ordre fiscal : La condition résolutoire rend les droits exigibles immédiatement, tandis que la condition suspensive en retarde le paiement jusqu'à son arrivée. Mais ces raisons pratiques ne doivent pas empêcher l'assimilation du point de vue purement juridique des deux conditions. Aussi les règles de la rétroactivité s'appliquent-elles à la condition résolutoire comme à la condition suspensive ⁽⁴⁾.

211. — Qu'arrive-t-il si l'obligation est affectée d'une condition *potestative*? Certains auteurs ont affirmé qu'il n'y avait pas de rétroactivité possible quand la condition est potestative de la part du débiteur. Celui, dit-on, qui cède son bien sous une condition potestative, et qui, ensuite, le cède à un tiers, s'interdit

(2) Colin et Capitant t. 2, p. 138; Req., 28 nov. 1893, S. 1894, 1, 369, note Wahl; Civ., 26 mai 1909, S. 1911, 1, 409, note Wahl.

(3) Colin et Capitant précité.

(4) Cass. civ., 18 mars 1929, S. 1929, 1, 211; Civ., 4 mai 1898, S. 1898, 1, 281.

par là même de faire intervenir la condition susceptible de résoudre le droit du tiers ⁽⁵⁾.

Cela revient à poser la question des contrats affectés d'une éventualité, quant à leurs rapports avec la rétroactivité de la condition.

En effet, la condition purement potestative, nous l'avons signalé, transforme le contrat synallagmatique en contrat unilatéral : le lien obligatoire n'est pas encore complètement formé. C'est la conclusion du contrat qui est affectée d'une condition, c'est un élément essentiel qui est encore absent du contrat.

212. — Dans ces conditions, se demander si l'accomplissement de la condition sera opposable au tiers acquéreur pur et simple du lieu, c'est se demander si la perfection de l'acte *éventuel* opère avec rétroactivité. Nous savons que selon les principes de formation des contrats successifs, il faut y répondre par l'affirmative. Mais nous répudions la classification habituelle des conditions en casuells, mixtes et potestatives ; en matière de contrats purement conditionnels, il n'y a que des modalités qui ne dépendent pas du fait volontaire des contractants, et dès que la condition est purement potestative, il serait préférable de la désigner du nom *d'éventualité* ⁽⁶⁾.

Il est toutefois à retenir que le Code a prévu expressément dans l'article 1170 la condition potestative : « Celle qu'il dépend de la volonté de l'une des parties de faire arriver ou défaillir ». L'article 1179, à son tour, n'établit aucune différence, son texte est tout à fait général ; en sorte qu'il est permis de dire que les solutions du Code en matière de rétroactivité

(5) Merlin : Quest. de Droit, hyp., § 3; Toullier, t. 6, 546; Troplong, Hyp., t. 2, 474; Aubry et Rau, t. 4, § 302, p. 119, texte et note 66.

(6) V. *supra*, première partie, chap. IV.

de la condition doivent être appliquées sans modification à l'éventualité.

213. — Dans les pages qui suivent, nous examinerons les effets de la rétroactivité à l'égard du bien sujet d'une aliénation conditionnelle. Nous spécifions dès maintenant que les solutions que nous trouverons en matière de condition doivent s'appliquer également en matière d'éventualité par l'effet de l'application générale de l'article 1179.

Nous examinerons successivement :

1° les actes de disposition; 2° les actes d'administration; 3° la perception des fruits et 4° les risques.

SECTION I

DES ACTES DE DISPOSITION

214. — La question des effets de la rétroactivité se pose lorsque le propriétaire dont le droit est résolu par l'arrivée de la condition a consenti *pendente conditione* des droits en faveur des tiers.

En effet, celui qui, à l'avènement de la condition n'est pas propriétaire, voit confirmer, conformément aux règles générales du droit, les droits réels qu'il avait pu consentir sur la chose ; il n'y a donc là aucun inconvénient pour les tiers.

Nous avons dit plus haut que l'arrivée de la condition a pour effet de faire succéder un droit de propriété à un autre droit de propriété. Dès lors, seront seuls annulés les actes du propriétaire intermédiaire qui pourraient compromettre les droits du propriétaire définitif.

Nous considérerons successivement : 1° les actes

de disposition directe ; 2° le sort des actes de disposition indirecte par voie de saisie ou jugement et 3° le sort des actes de disposition indirecte par la prescription.

215. — § 1. — Les droits acquis aux tiers dont le droit est postérieur en date au droit conditionnel disparaissent ; comme nous l'avons signalé, cette disparition joue à partir de l'instant où la condition arrive. Le propriétaire définitif reçoit la chose sans qu'aucun droit postérieur en date puisse lui être opposé.

Les actes *accessoires* ainsi que ceux qui dépendent en leur existence du droit consenti à un tiers, doivent tomber en même temps que le droit de ce tiers. Ainsi il a été jugé que l'hypothèque légale de la femme qui a consenti une renonciation en faveur de l'acheteur sous condition résolutoire, se trouvait revivre comme si la renonciation n'avait pas eu lieu et par conséquent reprenait sa date fixée par la loi, celle du mariage, en sorte qu'elle primait même le droit de rétentention invoqué par l'acheteur créancier du prix (7).

216. — Les auteurs se sont demandés quel serait le sort de la *purge* effectuée par l'acheteur. Doit-on considérer que l'hypothèque inscrite sur l'immeuble revit à la suite de la résolution, ou bien qu'elle est définitivement éteinte ? C'est à ce dernier point de vue que se rallie la jurisprudence ; la purge, dit-elle, constitue un mode d'extinction définitif des privilèges et des hypothèques, dont les effets doivent demeurer définitivement acquis (8).

Mais c'est là un échec à la règle que les contractants

(7) Req., 13 juillet 1874, S. 1875, 1, 145, note Labbé.

(8) Labbé, *Rev. crit.*, 1856, p. 220 ; Colin et Capitant t. 2, p. 986 ; Req., 14 avril 1847, S. 1847, 1, 341 ; Grenoble, 17 fév. 1849, D. 1851, 2, 235.

doivent être remis dans la même situation que si la vente résolue n'a jamais eu lieu. Le propriétaire intermédiaire étant réputé n'avoir jamais été propriétaire, tous les actes effectués par lui sur le bien devraient tomber. Une fois de plus on constate que l'application de la fiction ne mène pas à des résultats variables.

217. — En tout état de cause, les actes qui ne supposent pas la qualité de propriétaire chez l'acheteur résolu qui les a faits, doivent être maintenus. C'est ainsi que la servitude constituée par le propriétaire résolu au profit du fond dont il était propriétaire intermédiaire doit être maintenue malgré la résolution de son droit ⁽⁹⁾.

Si les parties avaient entre elles un contrat sur le bien qui était indépendant du contrat conditionnel, la résolution du contrat conditionnel les place dans la situation où elles se trouvaient par l'effet de l'acte antérieur. C'est ainsi que si l'acquéreur résolu avait été locataire de son vendeur il doit être considéré à la suite de la résolution, comme ayant repris la qualité de locataire ⁽¹⁰⁾.

218. — § 2. — L'application de la rétroactivité conduit à dire que les actes de dépossession par *saisie* ou *jugement* sur le bien qui se trouve dans le patrimoine du propriétaire intermédiaire ne seront pas opposables au propriétaire définitif. Cela se comprend : un jugement de *saisie* ne peut avoir des effets plus étendus qu'un acte de vente consenti volontairement.

On a cependant soutenu en doctrine ⁽¹¹⁾ que les ré-

⁽⁹⁾ Besançon, 25 juillet 1888. S. 1890, 2, 191.

⁽¹⁰⁾ Req., 13 déc. 1887. D. P. 88, 1, 357; Lyon, 1^{re} avril 1892, D. P. 1893, 2, 163.

⁽¹¹⁾ Laurent, t. 17, 93 et 119; Aubry et Rau, t. 4, p. 112, note 48; B.-L. et Barde : Oblig., t. 2, 819 et 820.

gles spéciales de la saisie immobilière apporteraient un correctif à ce principe, au cas où à côté des créanciers chirographaires de l'acheteur sous condition résolutoire il y aurait des créanciers hypothécaires du vendeur inscrits sur le bien antérieurement à la transcription de l'aliénation conditionnelle. Dans ce cas la saisie pratiquée *pendente conditione* serait commune à tous lorsqu'a été faite la mention de la notification prescrite par les articles 691 et suivants du Code de procédure civile. A partir de ce moment la saisie lierait le sort de tous les créanciers.

219. — Mais cette prétendue exception au principe de la rétroactivité ne saurait être admise ; les créanciers ne sauraient avoir plus de droit que leur ayant-cause ; si le droit de celui-ci tombe, le droit des créanciers tombe aussi. Or la saisie devient bien commune à tous les créanciers, mais encore faut-il que pour cela il y ait créance sur le bien ; il y a là par conséquent une simple pétition de principe.

Dans un seul cas les jugements rendus contre l'acquéreur seraient également valables contre le vendeur : quand le jugement a opéré une *expropriation* pour cause d'utilité publique. Dans ce cas le droit du vendeur sous condition se trouve transporté sur la créance d'indemnité.

220. — § 3. — L'article 2257 civ. décide que le droit conditionnel est imprescriptible tant que la condition n'est pas arrivée.

Par conséquent si la condition ne se réalise qu'après 30 ans, peu importe ; si la convention ne porte pas expressément ou tacitement fixation d'un délai, le droit conditionnel existe toujours, il peut toujours devenir pur et simple. La doctrine est d'avis généralement que l'article 2257 ne vise que les créances et

doit leur rester propre et que la prescription acquisitive peut courir contre le titulaire d'un droit *réel* soumis à une condition.

221. — Le propriétaire sous condition suspensive pourrait provoquer la reconnaissance de son droit par des mesures conservatoires. D'autre part la prescription acquisitive étant fondée uniquement sur le fait de la possession, il importe peu que le caractère du droit du propriétaire soit conditionnel, du moment que le tiers a possédé dans les conditions requises par la loi ⁽¹²⁾.

La jurisprudence admet cependant qu'il n'y a pas une différence essentielle entre la prescription extinctive et la prescription acquisitive ; leur fondement est le même, c'est l'inaction injustifiée du titulaire du droit. Or le propriétaire sous condition suspensive ne peut pas être déclaré avoir perdu son droit puisqu'il n'a pas, avant l'arrivée de la condition, d'action pour la faire respecter ⁽¹³⁾.

SECTION II

LES ACTES D'ADMINISTRATION

222. — Le propriétaire intermédiaire qui possède un droit complet sur le bien, a pu, pendant que la condition était pendante, accomplir des actes de mise en valeur et d'administration du bien. L'arrivée de la

(12) Laurent, XXXII, 25 à 28; Labbé, note dans S. 78, 2, 313; Aubry et Rau, t. II, § 213, p. 485, texte et note 17; B.-L. et Tissier : Prescription, 384 et s.; *Contra* : Planiol, I, 2654; Colin et Capitant, I, p. 900.

(13) V. Req., 30 déc. 1879, S. 80, 1, 338; Req., 8 janv. 1900, 1, 103.

condition, en résolvant rétroactivement son droit, devrait faire disparaître tous ces actes sans aucune différence quant à leur caractère normal ou anormal. Le défaut de définition par la loi des actes d'administration se fait d'ailleurs sentir sensiblement en cette matière.

Une jurisprudence constante se prononce en faveur du maintien des actes d'administration accomplis par le propriétaire sous condition résolutoire. La question s'est posée particulièrement pour le bail et la jurisprudence en a toujours admis le maintien non seulement pour le passé mais aussi pour l'avenir ⁽¹⁴⁾.

Quelle est la valeur juridique de cette jurisprudence ?

On invoque généralement l'utilité du bail et sa nécessité en tant qu'acte de bonne administration de la chose. Si le vendeur sous condition voyait résoudre les baux consentis par lui, le caractère pratique de la vente conditionnelle en serait atteint, et les biens qui feraient l'objet d'une telle vente seraient vraisemblablement mal administrés.

On invoque, d'autre part, l'article 1743 qui décide que le bail, s'il a date certaine, est opposable à l'acquéreur de la chose louée à moins que le contraire n'ait été stipulé par les parties ⁽¹⁵⁾.

223. — Mais ce raisonnement ne tient pas compte du caractère rétroactif de la condition, tel qu'on l'entend généralement, et qui ferait supposer que l'acquéreur résolu n'a jamais été propriétaire. De même on a tiré argument de l'article 1673, § 2, qui dispose que le vendeur qui exerce le rachat, est tenu d'exécuter les baux conclus de bonne foi par l'acquéreur. Il

(14) Req., 23 octobre 1905, S. 07, 1, 33, note Hémar.

(15) B.-L. et Wahl : Louage, t. I, 83.

s'agirait là d'une hypothèse de vente conditionnelle qui devrait être étendue par analogie.

On a répondu à cet argument que le législateur n'a pas donné à cet article la valeur d'un principe, c'est une solution exceptionnelle qui ne doit pas être étendue ⁽¹⁶⁾.

A la vérité il est impossible de justifier le maintien des baux et des actes d'administration en général si l'on n'admet pas que l'acquéreur a été réellement propriétaire. Aussi doit-on décider que les actes d'administration ont été valablement accomplis par le propriétaire conditionnel de la chose, et qu'ils ne doivent être résolus que dans la mesure où ils auraient été accomplis en fraude des droits du propriétaire définitif.

C'est ce principe qui est appliqué par la jurisprudence : selon celle-ci, le bail doit être conclu de bonne foi, pour une durée restreinte et dans des conditions normales. Le bail frauduleux ou passé pour une durée jugée anormale touche à la substance même du droit de propriété ⁽¹⁷⁾.

SECTION III

SORT DES ACTES D'ATTRIBUTION DE FRUITS

224. — La règle de la rétroactivité est de nature à faire naître des difficultés dans les relations du vendeur et l'acheteur conditionnel, en ce qui regarde la distribution des fruits et produits de la chose.

Ce problème se pose pour les fruits civils aussi

(16) Laurent, t. 17, 82.

(17) Req., 23 oct. 1905, S. 1907, 1, 33; Orléans, 10 janv. 1860, D. 1860. 5, 374. Paris, 20 juillet 1903, *Gaz. Trib.*, 3 déc. 1903.

bien que pour les fruits naturels. Les uns et les autres s'acquièrent par la perception ; il n'y a aucune différence entre les loyers d'une maison et les intérêts de capitaux ou la récolte d'une terre.

Aucune disposition législative n'a réglé spécialement le sort de la perception des fruits. Les articles 1179 et 1183 décident seulement que la condition accomplie rétroagit.

Certains auteurs tirent des termes généraux de ces articles la conclusion que tous les actes du propriétaire intermédiaire, y compris la perception de fruits, doivent être résolus. L'article 547 décide, en effet, que les fruits appartiennent au propriétaire de la chose par droit d'accession ; dès lors le propriétaire définitif doit être considéré comme seul propriétaire et c'est lui qui doit percevoir les fruits.

225. — La solution contraire qui consiste à laisser au propriétaire résolu les fruits qu'il a perçus, a cependant prévalu en doctrine et en jurisprudence. D'ailleurs cette solution est conforme à toutes les hypothèses, ou un individu qui a temporairement un droit de propriété sur une chose est réputé par la suite n'avoir jamais eu aucun droit ; par exemple, en cas de nullité d'un contrat pour une cause contemporaine à sa formation.

C'est ainsi que le fol enchérisseur conserve les fruits qu'il a perçus dans l'intervalle des deux adjudications, dont l'une l'a mis en possession, et dont l'autre le dépouille (¹⁸). De même on invoque généralement les articles 856, 958, 962 et 1682 du Code, d'où résulte la volonté du législateur de maintenir au propriétaire intermédiaire le bénéfice des fruits perçus même dans les cas où son droit se trouve résolu.

(18) Req., 26 février 1908, S. 1909, 1, 461.

226. — En réalité l'attribution de fruits ne peut donner lieu à aucune complication. L'exécution du contrat n'ayant lieu qu'au jour de l'arrivée de la condition, les fruits qui ont été acquis au propriétaire intermédiaire lui appartiennent valablement. La solution contraire serait dépourvue de toute logique et contraire à la volonté des parties ; car, si c'est une donation qui est affectée d'une condition le donateur montre bien par là qu'il entend garder la disposition de la chose jusqu'à l'arrivée de la condition ; et si la donation conditionnelle est faite à titre onéreux, ce serait contraire à la volonté des parties de mettre à la charge du propriétaire un remboursement de fruits qui viendrait diminuer le prix fixé ⁽¹⁹⁾.

227. — Il serait assez difficile de concilier en droit l'application intégrale de la rétroactivité avec la conservation des fruits par le propriétaire intérimaire. La diversité des explications qui ont été proposées en est la meilleure preuve.

Demolombe invoquait « le fait ineffaçable de la possession » ⁽²⁰⁾. Mais si le fait ne peut s'effacer, il peut donner lieu à réparation par paiement d'une indemnité.

On a invoqué quelquefois l'article 549 en vertu duquel le possesseur de bonne foi fait les fruits siens ⁽²¹⁾. Mais il est difficile de dire que le propriétaire intérimaire, qui sait que la condition peut l'obliger à restituer, est de bonne foi.

Aussi on enregistre en jurisprudence d'assez nombreuses décisions dans le sens de l'application rigoureuse de l'article 1183 et de l'exigence de restitutions

(19) Aubry et Rau, t. 5, § 357, p. 168, texte et note 15; Guilouard : Vente, t. 2, 669.

(20) T. 25, 401.

(21) Toullier, t. 6, 541 et s.; Civ., 7 janv. 1868, S. 1868, 1, 150.

récioproques de la part des contractants, l'un restituant la chose et les fruits perçus, et l'autre les intérêts du prix ⁽²²⁾. On voit la source de difficultés qui est créée ainsi au moment de la transmission de propriété.

SECTION IV

LES RISQUES

228. — Selon la règle générale contenue dans l'article 1138, en cas de vente d'une chose certaine, la propriété est transportée immédiatement au créancier, les risques sont à sa charge, c'est-à-dire que si la chose vient à périr il n'en reste pas moins débiteur du prix. Avec la théorie classique de la rétroactivité on devrait, par une application logique, dire que les risques sont à la charge du créancier, comme dans les obligations pures et simples. Les éléments nécessaires à la formation du contrat étant réunis le jour de l'échange des consentements, on devrait reconnaître que, si la condition s'accomplit, c'est de ce jour également que les risques doivent passer à l'acheteur. Telle était l'opinion de Laurent qui, en défenseur de l'idée de rétroactivité, voudrait laisser les risques à la charge du créancier.

229. — Cependant par une solution contraire à la rétroactivité l'article 1182 déclare que lorsque l'obligation a été contractée sous une condition suspensive, la chose qui est l'objet de la convention demeure aux risques du *débiteur*. La plupart des auteurs admettent cette dérogation car, disent-ils, avant que la condition

(22) Civ., 9 avril 1861, D. 1861, 1, 147; Civ., 10 avril 1848, D. 1848, 1, 160. Riom, 1^{er} juin 1859, D. 1859, 2, 124.

puisse rétroagir, il faut encore qu'il y ait à l'arrivée de la condition la possibilité de former un contrat ⁽²³⁾.

C'est bien là reconnaître que tous les éléments ne sont pas réunis lors de la conclusion du contrat.

L'article 1182 s'explique au contraire très naturellement si l'on admet que le propriétaire intermédiaire ne voit résoudre son droit qu'à partir de l'arrivée de la condition. Du fait que la chose périt pendant qu'elle est encore sa propriété, il est naturel que ce soit lui qui supporte les risques, et que le contrat ne puisse se former définitivement par défaut d'objet.

230. — Le deuxième alinéa de l'article 1182 envisage l'hypothèse de la perte partielle de l'objet et ajoute une disposition qui a été souvent commentée : « Si la chose s'est détériorée sans la faute du débiteur, le créancier a le choix ou de résoudre l'obligation ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve sans diminution de prix ». On a remarqué que puisque la perte totale de la chose dispensait l'acheteur de payer le prix, il serait bien préférable de décider que l'acheteur serait tenu de prendre la chose telle qu'elle se trouve, mais avec une diminution correspondante du prix, l'appréciation de cette diminution devant d'ailleurs être faite par le juge ; mais de toute façon l'acheteur serait tenu d'en prendre livraison.

La solution du Code aboutit en pratique à mettre à la charge du vendeur les risques de perte partielle puisque, s'il supporte là une diminution, il n'a pas, par contre, le droit d'exiger une augmentation dans le cas où la chose aurait augmenté de valeur ⁽²⁴⁾.

(23) Planiol, t. 2, p. 445.

(24) Laurent, *ibid.*; Aubry et Rau, IV, p. 118 et note 64; B.-L. et Barde, *loc. cit.*

231. — La valeur de ces critiques n'a pas échappé à quelques législations plus récentes qui ont admis cependant la solution du Code civil en ce qui concerne la perte totale. C'est ainsi que les Codes italien (art. 1163) et espagnol (art. 1122) obligent le créancier à recevoir la chose dans l'état où elle se trouve, sans diminution de prix.

Il y a lieu de se demander quelle est la solution en matière de condition *résolutoire*. La loi n'a pas prévu, en effet, la question des risques pour le contrat dépendant d'une condition résolutoire.

232. — On décide généralement que la condition résolutoire, étant une condition suspensive inversée, lorsqu'elle est réalisée, c'est le vendeur qui devient créancier de la restitution et l'acheteur débiteur. Les risques seraient donc à la charge de ce dernier ⁽²⁵⁾.

Cette solution se justifie en cas de perte totale pour les mêmes raisons que dans le cas de la condition suspensive ; le débiteur étant propriétaire, c'est à lui qu'incombe la charge des risques. En cas de perte partielle, nous estimons qu'en l'absence de texte une diminution proportionnelle devrait être supportée par le créancier. Cependant la seule décision de jurisprudence qui est intervenue dans la matière a décidé que le vendeur était réputé n'avoir jamais cessé d'être propriétaire et supportait la charge de détérioration de la chose ⁽²⁶⁾.

Il est à remarquer que la question est importante par le fait que les contractants préfèrent recourir plutôt à la condition suspensive qui leur permet de ne pas payer immédiatement les droits fiscaux, qu'à la

(25) Colin et Capitant, t. II, p. 343 ; Demolombe, XXV, 461 ; Huc, VII, 264.

(26) Haute-Cour des Pays-Bas, 19 décembre 1879, D. P. 1880, 2, 90.

condition résolutoire où les droits sont immédiatement perçus et jamais restitués. On arrive ainsi à déplacer les risques qui diffèrent suivant la nature de la condition. Si l'on emploie la condition suspensive, ils sont supportés par le vendeur ; si l'on recourt à la condition résolutoire, ils sont supportés par l'acheteur. Ces déplacements de responsabilités peuvent amener quelquefois à des résultats dangereux.

Nous avons constaté que la question de risque dans les obligations conditionnelles, ayant pour objet un corps certain, constitue une exception aux principes de la rétroactivité. Cela nous montre une fois de plus que les textes du Code ne doivent être interprétés que dans la mesure où ils établissent une règle d'ordre pratique.

Vu :
LE DOYEN,
Edgard ALLIX.

Vu :
LE PRÉSIDENT DE LA THÈSE,
M. DEMOGUE.

Vu et permis de l'Académie :

LE RECTEUR DE L'ACADÉMIE,
CHARLÉTY.

TABLE DES MATIÈRES

BIBLIOGRAPHIE.	v
------------------------	---

INTRODUCTION. — Conception classique de la notion de contrat. — Caractère d'exception aux principes prêté à la rétroactivité de la condition. — Les nécessités pratiques à satisfaire par la protection des contrats conditionnels. — Insuffisance de la notion de fiction. — Similitude des notions de condition et d'éventualité et nécessité d'une solution commune. — Plan.	1
---	---

PREMIERE PARTIE

DES ACTES SUSCEPTIBLES DE SE RÉALISER AVEC RÉTROACTIVITÉ

1 à 17. — CHAPITRE PREMIER. — DE LA CONDITION EN GÉNÉRAL	2
Différentes significations du terme condition. — La condition et la charge. — Définition. — Caractère déterminant de la condition quant à l'existence de l'obligation. — Ses rapports avec la notion de cause impulsive et déterminante. — Nécessité de reconnaître comme seules conditionnelles d'après la doctrine classique les situations contractuelles et volontaires.	
18. — CHAPITRE III. — DE L'ÉVENTUALITÉ EN GÉNÉRAL	27
19 à 22. — <i>Section I. — La notion de droit éventuel.</i>	27
Définition. — Reconnaissance de l'éventualité par la pratique. — Caractère fragmentaire de cette reconnaissance. — Origine récente de la théorie de l'éventualité.	

- 23 à 35. — *Section II. — Formation successive des contrats et sources du droit éventuel* 30
- Principe de l'unité de temps pour la formation des contrats. — Contradiction de ce principe par les faits: la plupart des actes juridiques se réalisent successivement. — La volonté manifestée est la seule base du contrat. — Possibilité de droits éventuels en dehors des conventions: délits et quasi-délits, droits de succession, créances d'aliments. — L'opinion qui considère ces hypothèses comme conditionnelles est inexacte. — Discussion.
- 36 à 70. — *Section III. — Des droits qui peuvent naître de l'avant-contrat* 44
- Identité de l'avant-contrat et du contrat définitif: une seule émission de volonté est suffisante pour la formation de l'obligation. — Limitation de cette règle: L'avant-contrat devra se présenter dans la forme du contrat définitif. — Le droit éventuel peut-il être réel? — Discussion. — Intérêt pratique du caractère réel du droit. — Recherche du fondement du droit réel. — Intérêt de la question pour l'explication de la rétroactivité. — Les droits de préférence et de suite ne sont pas de l'essence du droit réel. — Critérium basé sur l'universalité des rapports de droit. — Son insuffisance. — La théorie classique est également insuffisante. — Explication par le côté actif du droit réel. — Difficulté soulevée par la définition des droits réels accessoires. — Discussion.
71. — CHAPITRE III. — DE QUELQUES DROITS PARTICULIERS A FORMATION SUCCESSIVE 65
- Identité du droit réel éventuel et du droit conditionnel. — Applications.
- 74 à 81. — *Section I. — Des contrats éventuels par défaut d'objet* 67
- L'éventualité apparaît quand l'existence de la chose future est nécessaire pour faire naître

tre l'obligation ou pour en fixer la mesure. — Est-ce une situation conditionnelle ? — Discussion. — Caractères généraux des contrats dépendant d'un objet futur.

82 à 86. — § 1 ^{er} : Ventes subordonnées à certaines opérations	73
83. — A. Vente à l'essai	73
84. — B. Vente subordonnée à la dégustation de l'acheteur	75
85. — C. Vente au poids, au compte et à la mesure.	76
86. — D. Vente en bloc	77
87. — § 2: Droits sur la chose d'autrui	77
88. — A. Vente de la chose d'autrui	78
89. — B. Hypothèque de la chose d'autrui	82
93. — § 3: Les meubles par anticipation	86
Immeubles par nature et par accessoire. — Influence de la volonté sur la condition juridique des biens. — Conflit de l'acheteur de meubles éventuels avec 1 ^o le créancier hypothécaire inscrit sur l'immeuble, 2 ^o l'acquéreur du fonds immobilier, 3 ^o les acquéreurs de meubles postérieurs en date. — Explications proposées du droit de l'acheteur: Est-ce un droit personnel, réel, conditionnel, ou pur et simple mobilier entre les parties et immobilier à l'égard des tiers ?	
104. — Solutions proposées	93
106 à 122. — <i>Section II. — Contrats éventuels par absence du consentement: Les promesses de contrat</i>	96
Caractère préparatoire des promesses; leur utilité. — Analogie avec les contrats conditionnels. — La promesse est toujours unilatérale. — Comment expliquer que le promettant soit lié envers le bénéficiaire ? Différentes théories.	
116. — A. La promesse de vente	102
119. — B. La promesse d'achat	104

121. — C. Le pacte de préférence 105
- 123 à 127. — *Section III. — Contrats éventuels par l'absence d'une solennité: les promesses de contrats solennels* 106
- Possibilité d'un avant-contrat synallagmatique à un acte solennel: Distinction selon la raison d'être de la solennité. — La promesse d'hypothèque n'est pas équivalente à la constitution d'hypothèque du point de vue de l'art. 446 C. comm.
- 128 à 131. — *Section IV. — Les promesses de contrats réels* 110
- Prétendue nature particulière des contrats réels. — En réalité la remise de la chose est un simple acte d'exécution du contrat. — La promesse synallagmatique équivaut au contrat lui-même. — Promesses unilatérales: l'ouverture de crédit. — La promesse de gage.
- 132 à 137. — *Section V. — Les contrats éventuels accessoires: Du contrat pécuniaire de mariage* 113
- Les contrats accessoires sont traités comme purs et simples sauf l'exécution principale. — Le contrat de mariage et la jurisprudence. — Ce n'est pas un contrat conditionnel. — Distinction quant au point de départ de ses effets, selon qu'il s'agit des biens affectés aux besoins du ménage ou de l'exécution principale.
- 138 à 158. — CHAPITRE IV. — ESSAI D'UNE SYNTHÈSE ENTRE L'ÉVENTUALITÉ ET LA CONDITION. 117
- Absence dans le Code civil d'une théorie de formation des contrats. — Cependant le problème a été effleuré à propos des conditions potestatives et des promesses de vente. — Dans quelle mesure les textes relatifs à la condition doivent-ils s'appliquer à l'éventualité? — Y a-t-il une raison à la discrimination des deux modalités selon que l'élément absent est accessoire ou essentiel? — Le contrat conditionnel n'est pas définitivement

formé. — Critiques. — La différence entre les deux sortes de contrats réside uniquement dans la force du lien obligatoire. — Les parties n'ont pas une prise considérable sur la condition, alors que l'éventualité réclame leur intervention. — Critique de la notion habituelle de condition potestative. — La condition purement potestative transforme le contrat synallagmatique en contrat unilatéral éventuel. — Différents cas qui peuvent se présenter. — Le réméré. — Son inutilité. — Le réméré doit être assimilé à une promesse de vente.

DEUXIÈME PARTIE

PRINCIPE ET CONSÉQUENCES DE L'EFFET RÉTROACTIF DE LA CONDITION EN DROIT CIVIL POSITIF

159 à 208. — CHAPITRE I ^{er} . — LE PRINCIPE DE LA RÉTROACTIVITÉ ET SES EXPLICATIONS	131
161 à 168. — <i>Section I. — La rétroactivité de la condition en droit romain</i>	132
169 à 173. — <i>Section II. — La rétroactivité de la condition dans l'ancien droit</i>	136
174 à 192. — <i>Section III. — Le Code civil: Explications de la rétroactivité par la doctrine moderne</i>	141
175. — § 1 ^{er} : Système de la préexistence	142
181. — § 2: Système de la volonté présumée des parties	144
147. — § 3: Système de la fiction légale	147
193 à 208. — <i>Section IV. — Essai d'une explication de la rétroactivité de la condition</i>	151

Intérêt véritable de la rétroactivité: rapports des parties avec les tiers. — Insuffisance de la maxime « nemo plius juris ». — Hésitations de la doctrine et de la jurisprudence. — Des théories dites de non-rétroactivité. — Limitation de l'effet rétroactif aux transmissions de droits réels. — La propriété

pleine et entière ne se transmet qu'au jour de la réalisation de la condition. — Le contrat conditionnel crée un droit de propriété immatériel. — Division de la propriété en droit temporaire et droit éternel. — Les textes du Code n'ont pas une valeur explicative. — Discussion.

209 à 232. — CHAPITRE II. — CONSÉQUENCES DE L'EFFET RÉTROACTIF DE LA CONDITION	163
Généralité d'application du principe. — La condition résolutoire. — La condition potestative. — Identité de la condition potestative pure et de l'éventualité.	
214 à 221. — <i>Section I. — Des actes de disposition.</i>	166
215. — § 1: Les actes de disposition directe	167
218. — § 2: Les actes de disposition indirecte par saisie ou jugement	168
220. — § 3: Les actes de disposition indirecte par la prescription	169
222 à 223. — <i>Section II. — Les actes d'administration</i>	170
224 à 227. — <i>Section III. — Sort des actes d'attribution de fruits</i>	172
228 à 232. — <i>Section IV. — Les risques</i>	175

